

تبيين الحقائق

للإمام فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي المتوفى سنة ٧٤٣هـ

شرح

كنز الدقائق

للإمام أبي البركات حافظ الدين عبد الله بن أحمد النسفي المتوفى سنة ٧١٠هـ

ومعه

حاشية الإمام العلامة الشيخ الشلبي على هذا الشرح

تحقيق

الشيخ أحمد عزو عناية

تنبيه:

وضعنا متن «تبيين الحقائق» في أعلى الصفحات، ووضعنا أسفل منه حاشية الشيخ الشلبي مفصولاً بينهما بخط.

الجزء السابع

يحتوي على الكتب التالية:

الكراهية - إحياء الموات - الأشربة - الصيد - الرهن - الجنايات - الديات - المعاقل - الوصايا - الخنثى - الفرائض

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
هاتف و فاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٣٧٨٥٤١ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق البريد : ١١ - ٩٤٢٤ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif,Bohtory st.,Melkart bldg., 1st Floor
Tel + Fax : 00 (961 1) -378541 - 366135 - 364398
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2677-6



http://www.al-ilmiyah.com.lb/
e-mail : sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الكراهية

المكروه إلى الحرام أقرب ونص محمد رحمه الله أن كل مكروه حرام.

فصل في الأكل والشرب

كره لبن الأتان والأكل والشرب والادهان والتطيب من إناء ذهب وفضة للرجل والمرأة لا من رصاص وزجاج وبلور وعقيق وحل الشرب من إناء مفضض والركوب على سرج مفضض والجلوس على كرسي مفضض ويتقي موضع الفضة ويقبل قول الكافر في الحل والحرمة والمملوك والصبي في الهدية والإذن والفاسق في المعاملات ومن دعي إلى وليمة وثمة لعب وغناء يقعد ويأكل.

فصل في اللبس

حرم للرجل لا للمرأة لبس الحرير إلا قدر أربع أصابع وحلَّ توسده وافتراشه ولبس ما سداه حرير ولحمته قطن أو خز وعكسه حل في الحرب فقط ولا يتحلى الرجل بالذهب والفضة إلا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة والأفضل لغير السلطان والقاضي ترك التختم، وحرم التختم بالحجر والحديد والصفر والذهب وحل مسمار الذهب يجعل في حجر الفص وشدّ السن بالفضة وكره إلباس ذهب وحرير صبياً لا الخرقة لوضوء ومخاط والرتم.

فصل في النظر و المس

لا ينظر إلى غير وجه الحرة وكفيها ولا ينظر من اشتهى إلى وجهها إلا الحاكم والشاهد وينظر الطبيب إلى موضع مرضها وينظر الرجل إلى الرجل إلا العورة والمرأة للمرأة والرجل كالرجل للرجل وينظر الرجل إلى فرج أمته وزوجته ووجه محرمه ورأسها وصدرها وساقها وعضدها إلا إلى ظهرها وبطنها وفخذها ويمس ما حل النظر إليه وأمة غيره كمحرمه وله مس ذلك إن أراد الشراء، وإن اشتهى ولا تعرض الأمة إذا

بلغت في إزار واحد والخصي والمجبوب والمخنث كالفحل وعبدها كالأجنبي ويعزل عن أمته بلا إذنها وعن زوجته بإذنها.

فصل في الاستبراء وغيره

من ملك أمة حرم عليه وطؤها ولمسها والنظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرئها له أمتان أختان قبلهما بشهوة حرم وطء واحدة منهما ودواعيه حتى يحرم فرج الأخرى بملك أو نكاح أو عتق وكره تقبيل الرجل ومعانقته في إزار واحد ولو كان عليه قميص واحد جاز كالمصافحة.

فصل في البيع

كره بيع العذرة لا السرقين له شراء أمة، قال بكر: وكلني زيد ببيعها، وكره لرب الدين أخذ ثمن خمر باعها مسلم لا كافر واحتكار قوت الآدمي وا' هيمة في بلد يضر بأهله لا غلة ضيعته وما جلبه من بلد آخر ولا يسعر السلطان إلا أن يتعدّى أرباب الطعام عن القيمة تعدّياً فاحشاً وجاز بيع العصير من خمار، وإجارة بيت ليتخذه بيت نار أو بيعة أو كنيسة أو يباع فيه خمر بالسواد وحمل خمر لذمي بأجر وبيع بناء بيوت مكة وأراضيها وتعشير المصحف ونقطه وتحليته ودخول ذمي مسجداً وعيادته وخصاء البهائم وإنزاء الحمير على الخيل وقبول هدية العبد التاجر وإجابة دعوته واستعارة دابته، وكره كسوته الثوب وهديته النقدين واستخدام الخصي والدعاء بمعقد العز من عرشك وبحق فلان واللعب بالشطرنج والنرد وكل لهو وجعل الراية في عنق العبد وحل قيده والحقنة ورزق القاضي وسفر الأمة وأم الولد بلا محرم وشراء ما لا بدّ للصغير منه وبيعه للعم والأم والملتقط لو في حجرهم وتؤجره أمه فقط.

كتاب إحياء الموات

هي أرض تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها أو لغلبته عليها غير مملوكة بعيدة من العامر ومن أحياه بإذن الإمام ملكه وإن حجر لا ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر ومن حفر بئراً في موات فله حريمها أربعون ذراعاً من كل جانب وحريم العين خمسمائة فمن حفر في حريمها منع منه وللقناة حريم بقدر ما يصلحه وما عدل عنه الفرات ولم يحتمل عوده إليه فهو موات وإن احتمل عوده إليه لا يكون مواتاً ولا حريم للنهر.

مسائل الشرب

هو نصيب الماء الأنهار العظام كدجلة والفرات غير مملوك ولكل أن يسقي أرضه و يتوضأ به ويشربه وينصب الرحى عليه ويكري نهراً منها إلى أرضه إن لم يضر بالعامة وفي الأنهار المملوكة والآبار والحياض لكل شربه وسقي دوابه لا أرضه، وإن خيف تخريب النهر لكثرة البقور يمنع والمحرز في الكوز والحب لا ينتفع به إلا بإذن صاحبه وكري نهر غير مملوك من بيت المال فإن لم يكن فيه شيء يجبر الناس على كريه وكري ما هو مملوك على أهله ويجبر الآبي على كريه ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من أعلاه فإن جاوز أرض رجل برئ ولا كري على أهل الشفة وتصح دعوى الشرب بغير أرض نهر بين قوم اختصموا في الشرب فهو بينهم على قدر أراضيهم وليس لأحد أن يشق منه نهراً أو ينصب عليه رحى أو دالية أو جسراً أو يوسع فم النهر أو يقسم بالأيام وقد وقع القسمة بالكوى أو يسوق نصيبه إلى أرض له أخرى ليس لها فيه شرب بلا رضاهم ويورث الشرب ويوصي بالانتفاع بعينه ولا يباع ولا يوهب ولو ملأ أرضه ماء فنزت أرض جاره أو غرقت لم يضمن.

كتاب الأشربة

والشراب ما يسكر والمحرّم منها أربعة الخمر وهي النيء من ماء العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد وحرم قليلها وكثيرها والطلاء وهو العصير إن طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه والسكر وهو النيء من ماء الرطب ونقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب والكل حرام إذا غلا واشتد وحرمتها دون حرمة الخمر والحلال منها أربعة نبيذ التمر والزبيب إن طبخ أدنى طبخة، وإن اشتدً إذا شرب ما لا يسكره بلا لهو وطرب، والخليطان ونبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة طبخ أولاً والمثلث العنبيّ وحل الانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير وخل الخمر سواء خللت أو تخللت وكره شرب دردي الخمر والامتشاط به ولا يحدّ شاربه إلا إذا سكر.

كتاب الصيد

هو الاصطياد ويحل بالكلب المعلّم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة ولا بدَّ من التعليم وذا بترك الأكل ثلاثاً في الكلب وبالرجوع إذا دعوته في البازي ومن التسمية عند الإرسال ومن الجرح في أيّ موضع كان فإن أكل منه البازي أكل وإن أكل منه الكلب أو الفهد لا وإن أدركه حيًّا ذكاه وإن لم يذكه أو خنقه الكلب ولم يجرحه أو شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسي، أو كلب لم يذكر اسم الله عليه

عمداً حرم وإن أرسل مسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر حل، ولو أرسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر حرم وإن لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر حل وإن رمى وسمى وجرح أكل وإن أدركه حياً ذكاه وإن لم يذكه حرم وإن وقع سهم بصيد فتحامل وغاب وهو في طلبه حل، وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً لا ولو رمى صيداً فوقع في ماء أو على سطح أو جبل ثم تردّى منه إلى الأرض حرم وإن وقع على الأرض ابتداء حل وما قتله المعراض بعرضه أو البندقة حرم وإن رمى صيداً فقطع عضواً منه أكل الصيد لا العضو وإن قطعه أثلاثاً والأكثر مما يلي العجز أكل كله وحرم صيد المجوسي والوثني والمرتد وإن رمى صيداً فلم يثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للثاني وحلّ وإن أثخنه فللأوّل وحرم وضمن الثاني للأوّل قيمته غير ما نقصته جراحته وحل اصطياد ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل.

كتاب الرهن

هو حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين ولزم بإيجاب وقبول ويتم بقبضه محوزاً مفرغاً مميزاً والتخلية فيه وفي البيع قبض وله أن يرجع عن الرهن ما لم يقبضه وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين وله أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به ويؤمر المرتهن بإحضار رهنه، والراهن بأداء دينه أولاً فإن كان الرهن في يد المرتهن لا يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين فإذا قضى سلم الرهن ولا ينتفع المرتهن بالرهن استخداماً وسكنى ولبساً وإجارة وإعارة ويحفظه بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله وضمن بحفظه بغيرهم وبإيداعه وتعدّيه قيمته وأجرة بيت حفظه وحافظه على المرتهن وأجرة راعيه ونفقة الرهن والخراج على الراهن.

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لا يجوز رهن المشاع ولا الثمرة على النخل دونها ولا زرع في الأرض دونها ولا نخل في الأرض دونها والحر والمدبر والمكاتب وأم الولد ولا بالأمانات وبالدرك والمبيع وإنما يصح بدين ولو موعوداً وبرأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه فإن هلك صار مستوفياً وللأب أن يرهن بدين عليه عبداً لطفله وصح رهن الحجرين والمكيل والموزون فإن رهنت بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين ولا عبرة للجودة ومن باع عبداً على أن يرهن المشتري بالثمن شيئاً بعينه فامتنع لم يجبر وللبائع فسخ البيع إلا أن يدفع المشتري الثمن حالاً أو قيمة الرهن رهناً وإن قال للبائع: أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فهو رهن ولو رهن عبدين بألف لا يأخذ أحدهما بقضاء حصته كالبيع ولو رهن عيناً عند رجلين صح والمضمون على كل

حصة دينه فإن قضى دين أحدهما فالكل رهن عند الآخر وبطل بينة كل واحد منهما على رجل أنه رهنه عبده وقبضه ولو مات راهنه والعبد في أيديهما فبرهن كل على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهناً بحقه.

باب الرهن يوضع على يد عدل

وضعا الرهن على يد عدل صح ولا يأخذه أحدهما منه ويهلك في ضمان المرتهن فإن وكل المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيعه عند حلول الدين صح فإن شرطت في عقد الرهن لم ينعزل بعزله وبموت الراهن والمرتهن وللوكيل بيعه بغيبة ورثة الراهن وتبطل بموت الوكيل ولا يبيعه المرتهن أو الراهن إلا برضا الآخر فإن حل الأجل وغاب الراهن أجبر الوكيل على بيعه كالوكيل بالخصومة من جهة المطلوب إذا غاب موكله أجبر عليها وإن باعه العدل وأوفى مرتهنه ثمنه فاستحق الرهن وضمن فالعدل يضمن الراهن قيمته أو المرتهن ثمنه وإن مات الرهن عند المرتهن فاستحق وضمن الراهن قيمته مات بالدين وإن ضمن المرتهن رجع على الراهن بالقيمة وبدينه ويوقف بيع الراهن على إجازة مرتهنه أو قضاء دينه ونفذ عتقه وطولب بدينه لو حالاً ولو مؤجلاً أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهناً مكانه ولو معسراً سعى العبد في الأقل من قيمته ومن الدين ويرجع به على سيده وإتلاف الراهن كإعتاقه وإن أتلفه أجنبي فالمرتهن يضمنه قيمته ويكون رهناً عنده وخرج من ضمانه بإعارته من راهنه فلو هلك في يد الراهن هلك مجاناً وبرجوعه عاد ضمانه ولو أعاره أحدهما أجنبياً بإذن الآخر سقط الضمان ولكل أن يرده رهناً وإن استعار ثوباً ليرهنه صح ولو عين قدراً أو جنساً أو بلداً فخالف ضمن المعير المستعير أو المرتهن وإن وافق وهلك عند المرتهن صار مستوفياً ووجب مثله للمعير على المستعير ولو افتكه المعير لا يمتنع المرتهن إن قضى دينه وجناية الراهن والمرتهن على الرهن مضمونة وجنايته عليهما وعلى مالهما هدر وإن رهن عبداً يساوي ألفاً بألف مؤجل فرجعت قيمته إلى مائة فقتله رجل وغرم مائة وحل الأجل فالمرتهن يقبض المائة قضاء من حقه، ولا يرجع على الراهن بشيء ولو باعه بمائة بأمره قبض المائة قضاء من حقه ورجع بتسعمائة وإن قتله عبد قيمته مائة فدفع به افتكه بكل الدين وإن مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين فإن لم يكن له وصي نصب له القاضي وصياً وأمر ببيعه.

فصل

رهن عصيراً قيمته عشرة بعشرة فتخمر ثم تخلل وهو يساوي عشرة فهو رهن

بعشرة وإن رهن شاة قيمتها عشرة فماتت فدبغ جلدها وهو يساوي درهماً فهو رهن بدرهم ونماء الرهن كالولد والثمر واللبن والصوف للراهن وهو رهن مع الأصل ويهلك مجاناً وإن هلك الأصل وبقي النماء فك بحصته ويقسم الدين على قيمته يوم الفكاك وقيمة الأصل يوم القبض وسقط من الدين حصة الأصل وفك النماء بحصته وتصح الزيادة في الرهن لا في الدين ومن رهن عبداً بألف فدفع عبداً آخر رهناً مكان الأوّل وقيمة كل ألف فالأوّل رهن حتى يردّه إلى الراهن والمرتهن في الآخر أمين حتى يجعله مكان الأوّل.

كتاب الجنايات

موجب القتل عمداً وهو ما تعمد ضربه بسلاح ونحوه في تفريق الأجزاء كالمحدد من الحجر والخشب والليطة والنار الإثم والقود عيناً إلا أن يعفي لا الكفارة وشبهه وهو أن يتعمد ضربه بغير ما ذكر الإثم والكفارة ودية مغلظة على العاقلة لا القود والخطأ وهو أن يرمي شخصاً ظنه صيداً أو حربياً فإذا هو مسلم أو غرضاً فأصاب آدمياً أو ما جرى مجراه كنائم انقلب على رجل فقتله الكفارة والدية على العاقلة والقتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه الدية على العاقلة لا الكفارة والكل يوجب حرمان الإرث إلا هذا وشبه العمد في النفس عمد فيما سواها.

باب ما يوجب القود وما لا يوجبه

يجب القصاص بقتل كل محقون الدم على التأبيد عمداً ويقتل الحر بالحر وبالعبد والمسلم بالذمي ولا يقتلان بمستأمن والرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالأعمى وبالزمن وناقص الأطراف وبالمجنون والولد بالوالد ولا يقتل الرجل بالولد والأم والجد والجدة كالأب وبعبده ومدبره وبمكاتبه وبعبد ولده وبعبد ملك بعضه وأن ورث قصاصاً على أبيه سقط وإنما يقتص بالسيف مكاتب قتل عمداً وترك وفاء ووارثه سيده فقط أو لم يترك وفاء وله وارث يقتص وإن ترك وفاء ووارثاً لا وإن قتل عبد الرهن لا يقتص حتى يجتمع الراهن والمرتهن ولأبي المعتوه القود والصلح لا العفو بقتل وليه والقاضي كالأب والوصي يصالح فقط والصبي كالمعتوه وللكبار القود قبل كبر الصغار وإن قتله بمرّ يقتص إن أصابه الحديد وإلا لا كالخنق والتغريق ومن جرح رجلاً عمداً وصار ذا فراش ومات يقتص وإن مات بفعل نفسه وزيد وأسد وحية ضمن زيد ثلث الدية ومن شهر على المسلمين سيفاً وجب قتله ولا شيء بقتله ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً في المصر أو غيره أو شهر عليه عصاً ليلاً في

مصر أو نهاراً في غيره فقتله المشهور عليه فلا شيء عليه وإن شهر عصاً نهاراً في مصر فقتله المشهور عليه قتل به وإن شهر المجنون على غيره سلاحاً فقتله المشهور عليه عمداً تجب الدين وعلى هذا الصبي والدابة ولو ضربه الشاهر فانصرف فقتله الآخر قتل به القاتل ومن دخل عليه غيره ليلاً فأخرج السرقة فاتبعه فقتله فلا شيء عليه.

باب القصاص فيما دون النفس

يقتص بقطع اليد من المفصل وإن كانت يد القاطع أكبر وكذا الرجل ومارن الأنف والأذن والعين إن ذهب ضوؤها، وهي قائمة وإن قلعها لا والسن وإن تفاوتا وكل شجة تتحقق فيها المماثلة، ولا قصاص في عظم وطرفي رجل وامرأة وحر وعبد وعبدين وطرف الكافر والمسلم سيان، وقطع يد من نصف ساعد وجائفة برئ منها ولسان وذكر إلا أن يقطع الحشفة وخير بين الأرش والقود إن كان القاطع أشل أو ناقص الأصابع أو كان رأس الشاج أكبر.

فصل

وإن صولح على مال وجب حالاً وسقط القود، ويتنصف إن أمر الحر القاتل وسيد القاتل رجلاً بالصلح عن دمهما على ألف ففعل، فإن صالح أحد الأولياء عن حظه على عوض أو عفا فلمن بقي حظه من الدية، ويقتل الجمع بالفرد والفرد بالجمع اكتفاء، فإن حضر وا حد قتل له وسقط حق البقية كموت القاتل، ولا تقطع يد رجلين بيد، وضمنا ديتها، وإن قطع واحد يميني رجلين فلهما قطع يمينه ونصف الدية، فإن حضر واحد فقطع يده له فللآخر عليه نصف الدية، وإن أقرّ عبد بقتل عمد يقتص به، وإن رمى رجلاً عمداً فنفذ السهم منه إلى آخر يقتص للأول وللثاني الدية.

فصل

ومن قطع يد رجل ثم قتله أخذ بالأمرين لو عمدين أو مختلفين أو خطأين تخلل بينهما برء أولا إلا في خطأين لم يتخلل بينهما برء فتجب دية واحدة كمن ضربه مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة، وإن عفا المقطوع عن القطع فمات ضمن القاطع الدية، ولو عفا عن القطع وما يحدث منه أو عن الجناية لا فالخطأ من الثلث والعمد من كل المال، وإن قطعت امرأة يد رجل عمداً فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها والدية في مالها وعلى عاقلتها لو خطأ، وإن تزوجها على اليد وما

يحدث منها أو على الجناية فمات منه فلها مهر مثلها، ولا شيء عليها لو عمداً، ولو خطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية، ولو قطع يده فاقتص له فمات الأول قتل به وإن قطع يد القاتل وعفا ضمن القاطع دية اليد.

باب الشهادة في القتل

ولا يقيد حاضر بحجته، إذا أخوه غاب عن خصومته، فإن يعد لا بد من إعادته ليقتلا ولو خطأ أو ديناً لا، فإن أثبت القاتل عفو الغائب لم يقد، وكذا لو قتل عبدهما وأحدهما غائب، وإن شهد وليان بعفو ثالثهما لغت، فإن صدقهما القاتل فالدية لهم أثلاثاً، وإن كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية، وإن شهدا أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات يقتص، وإن اختلف شاهدا القتل في الزمان أو المكان أو فيما وقع به القتل أو قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر: لم أدر بماذا قتله بطلت، وإن شهدا أنه قتله وقالا: لا ندري بأي شيء قتله وجب فيه الدية، وإن أقر كل واحد منهما أنه قتله، وقال الولي قتلتماه جميعاً له قتلهما ولو كان مكان الإقرار شهادة لغت.

باب في اعتبار حالة القتل

المعتبر حالة الرمي، فتجب الدية بردة المرمي إليه قبل الوصول، لا بإسلامه، والقيمة بعتقه، ولا يضمن الرامي برجوع شاهد الرجم بعد الرمي، وحل الصيد بردة الرامي لا بإسلامه، ووجب الجزاء بحله لا بإحرامه.

كتاب الديات

دية شبه العمد مائة من الإبل أرباعاً من بنت مخاض إلى جذعة، ولا تتغلظ إلا في الإبل، والخطأ مائة من الإبل أخماساً ابن مخاض وبنت مخاض وبنت لبون وحقة وجذعة أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم، وكفارتهما ما ذكر في النص، ولا يجوز الإطعام والجنين، ويجوز الرضيع لو أحد أبويه مسلماً، ودية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دونها، ودية الذمي والمسلم سواء.

فصل

في النفس والمارن واللسان والذكر والحشفة والعقل والسمع والبصر والشم

والذوق واللحية إن لم تنبت وشعر الرأس والعينين واليدين والشفتين والحاجبين والرجلين والأذنين والأنثيين وثديي المرأة الدية وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية، وفي أشفار العينين الدية، وفي أحدها ربعها، وفي كل إصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشرها، وما فيها مفاصل، ففي أحدها ثلث دية الإصبع ونصفها لو فيها مفصلان، وفي كل سن خمس من الإبل أو خمسمائة درهم، وكل عضو ذهب نفعه ففيه دية كيد شلت وعين ذهب ضوءها.

فصل في الشجاج

وفي الموضحة نصف عشر الدية، وفي الهاشمة عشرها، وفي المنقلة عشر ونصف عشر، وفي الآمة والجائفة ثلثها، فإن نفذت الجائفة فثلثاها، وفي الحارصة والدامعة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق حكومة عدل، ولا قصاص في غير الموضحة، وفي أصابع اليد نصف الدية، ولو مع الكف، ومع نصف ساعد نصف الدية وحكومة عدل، وفي قطع الكف وفيها إصبع أو إصبعان عشرها أو خمسها ولا شيء في الكف، وفي الإصبع الزائدة وعين الصبي وذكره ولسانه إن لم تعلم صحته بنظر وحركة وكلام حكومة عدل، شج رجلاً موضحة فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة في الدية، وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه لا، وإن شجه موضحة فذهبت عيناه أو قطع إصبعاً فشلت أخرى أو قطع المفصل الأعلى فشل ما بقي أو كل اليد أو كسر نصف سنه فاسود ما بقي فلا قود، وإن قلع سنه فنبتت مكانها أخرى سقط الأرش، وإن أقيد فنبتت سن الأول يجب، وإن شج رجلاً فالتحم ولم يبق له أثر أو ضرب فجرح فبرأ وذهب أثره فلا أرش، ولا قود بجرح حتى يبرأ، وكل عمد سقط فيه قوده لشبهة، كقتل الأب ابنه عمداً فديته في مال القاتل، وكذا ما وجب صلحاً أو اعترافاً أو لم يكن نصف العشر، وعمد الصبي والمجنون خطأ وديته على عاقلته، ولا تكفير فيه ولا حرمان عن الميراث والمعتوه كالصبي.

فصل في الجنين

ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً تجب غرة نصف عشر الدية، فإن ألقته حياً فمات فدية، وإن ألقته ميتاً فماتت الأم فدية وغرة، وإن ماتت فألقته ميتاً فدية فقط، وما يجب فيه يورث عنه ولا يرث الضارب فلو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتاً فعلى عاقلة الأب غرة ولا يرث منها، وفي جنين الأمة لو ذكراً نصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر قيمته لو أنثى، فإن حرره سيده بعد ضربه فألقته فمات ففيه قيمته حياً ولا

تجب الدية وإن مات بعد العتق، ولا كفارة في الجنين، وإن شربت دواء لتطرحه أو عالجت فرجها حتى أسقطته ضمن عاقلتها الغرة إن فعلت بلا إذن.

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

ومن أخرج إلى طريق العامة كنيفاً أو ميزاباً أو جرصناً أو دكاناً فلكل نزعه، وله التصرف في النافذ إلا إذا أضر، وفي غيره لا يتصرف إلا بإذنهم فإن مات أحد بسقوطها فديته على عاقلته، كما لو حفر بئراً في طريق أو وضع حجراً فتلف به إنسان، ولو بهيمة فضمانها في ماله، ومن جعل بالوعة في طريق بأمر سلطان أو في ملكه أو وضع خشبة فيها، أو قنطرة بلا إذن الإمام فتعمد رجل المرور عليها لم يضمن، ومن حمل شيئاً في الطريق فسقط على إنسان ضمن، ولو كان رداء قد لبسه فسقط لا، مسجد لعشيرة فعلق رجل منهم قنديلاً أو جعل فيه بواري أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن، وإن كان من غيرهم ضمن، وإن جلس فيه رجل منهم فعطب به أحد ضمن إن كان في غير الصلاة، وإن كان فيها لا.

فصل في الحائط المائل

حائط مائل إلى طريق العامة ضمن ربه ما تلف به من نفس أو مال إن طالب بنقضه مسلم أو ذمي ولم ينقضه في مدة يقدر على نقضه، وإن بناه مائلاً ابتداء ضمن ما تلف بسقوطه بلا طلب، وإن مال إلى دار رجل فالطلب إلى ربها، فإن أجله أو أبرأه صح بخلاف الطريق، حائط بين خمسة أشهد على أحدهم فسقط على رجل ضمن خمس الدية، دار بين ثلاثة حفر أحدهم فيها بئراً أو بنى حائطاً فعطب به رجل ضمن ثلثي الدية.

باب جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك

ضمن الراكب ما وطئت دابته بيد أو رجل أو رأس أو كدمت أو خبطت لا ما نفحت برجل أو ذنب إلا إذا أوقفها في الطريق، وإن أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غباراً أو حجراً صغيراً ففقأ عيناً لم يضمن ولو كبيراً ضمن، فإن راثت أو بالت في طريق لم يضمن من عطب به، وإن أوقفها لذلك، وإن أوقفها لغيره ضمن، وما ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد وعلى الراكب الكفارة لا عليهما، ولو اصطدم فارسان أو ماشيان فماتا ضمن عاقلة كل واحد منهما دية الآخر، ولو ساق دابة فوقع

السرج على رجل فقتله ضمن، وإن قاد قطاراً فوطئ بعير إنساناً ضمن عاقلة القائد الدية، فإن كان معه سائق فعليهما، وإن ربط بعيراً على قطار رجع عاقلة القائد بدية ما أتلف على عاقلة الرابط، ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقاً فأصابت في فورها ضمن، وإن أرسل طيراً أو كلباً ولم يك سائقاً له أو انفلتت دابة فأصابت مالاً أو آدمياً نهاراً أو ليلاً لا، وفي فقء عين شاة القصاب ضمن النقصان، وفي عين بدنة الجزار والحمار والفرس ربع القيمة.

باب جناية المملوك والجناية عليه

جنايات المملوك لا توجب إلا دفعاً واحداً لو محلاً له وإلا فقيمة واحدة، جنى عبده خطأ دفعه بالجناية فيملكه أو فداه بأرشها، وإن أعتقه غير عالم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ومن الأرش، ولو عالماً بها لزمه الأرش كبيعه وتعليق عتقه بقتل فلان ورميه وشجه إن فعل ذلك، عبد قطع يد حر عمداً ودفع إليه فحرره فمات من اليد فالعبد صلح بالجناية فإن لم يحرره رد على سيده ويقاد، جنى مأذون له مديون خطأ فحرره سيده بلا علم عليه قيمة لرب الدين وقيمة لولي الجناية، مأذونة مديونة ولدت بيعت مع ولدها للدين وإن جنت فولدت لم يدفع الولد له، عبد زعم رجل أن سيده حرره فقتل وليه خطأ لا شيء له، قال معتق لرجل: قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الرجل: بعد العتق فالقول للعبد، وإن قال لها: قطعت يدك وأنت أمتي وقالت بعد العتق فالقول لها، وكذا كل ما أخذ منها إلا الجماع والغلة، عبد محجور أمر صبياً حراً بقتل رجل فقتله فديته على عاقلة الصبي، وكذا إن أمر عبداً، عبد قتل رجلين عمداً ولكل وليان فعفا أحد وليي كل منهما دفع سيده نصفه إلى الآخرين أو فداه بالدية، وإن قتل أحدهما عمداً والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد فدى بالدية لوليي الخطأ، وبنصفها لأحد وليي العمد، أو دفعه إليهم أثلاثاً، عبدهما قتل قريبهما فعفا أحدهما بطل الكل.

فصل

قتل عبد خطأ تجب قيمته ونقص عشرة لو كانت عشرة آلاف أو أكثر وفي الأمة عشرة من خمسة آلاف والمغصوب تجب قيمته بالغة ما بلغت، وما قدر من دية الحر قدر من قيمته ففي يده نصف قيمته، قطع يد عبد فحرره سيده فمات منه وله ورثة غيره لا يقتص وإلا اقتص منه، قال: أحدكما حر فشجا فبين في أحدهما فأرشهما للسيد فقأ عيني عبد دفع سيده عبده وأخذ قيمته أو أمسكه ولا يأخذ النقصان،

جنى مدبر أو أم ولد ضمن السيد الأقل من القيمة ومن الأرش، فإن دفع القيمة بقضاء فجنى أخرى يشارك الثاني الأول، ولو بغير قضاء اتبع السيد أو ولي الجناية.

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قطع يد عبده فغصبه رجل ومات منه ضمن قيمته أقطع، وإن قطع يده في يد الغاصب فمات منه برئ، غصب محجور مثله فمات في يده ضمن، مدبر جنى عند غاصبه ثم عند سيده ضمن قيمته لهما، ورجع بنصف قيمته على الغاصب، ودفعه إلى الأول، ثم رجع به على الغاصب، وبعكسه لا يرجع به ثانياً، والقن كالمدبر غير أن المولى يدفع العبد هنا وثمة القيمة، مدبر جنى عند غاصبه فرده فغصبه فجنى عنده على سيده قيمته لهما، ورجع بقيمته على الغاصب، ودفع نصفها إلى الأول، ورجع بذلك النصف على الغاصب، غصب صبياً حراً فمات في يده فجأة أو بحمى لم يضمن، وإن مات بصاعقة أو نهشة حية فديته على عاقلة الغاصب، كصبي أودع عبداً فقتله.

باب القسامة

قتيل وجد في محلة لم يدر قاتله حلف خمسون رجلاً منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً، فإذا حلفوا فعلى أهل المحلة الدية ولا يحلف الولي، وإن لم يتم العدد كرر الحلف عليهم ليتم خمسين يميناً، ولا قسامة على صبي ومجنون وامرأة وعبد، ولا قسامة ولا دية في ميت لا أثر به أو يسيل دم من فمه أو أنفه أو دبره بخلاف عينه وأذنه، قتيل على دابة معها سائق أو قائد أو راكب فديته على عاقلته دون أهل المحلة، وإن مرت دابة عليها قتيل بين قريتين فعلى أقربهما، وإن وجد في دار إنسان فعليه القاسمة والدية على عاقلته وهي على أهل الخطة دون السكان والمشترين، فإن لم يبق واحد منهم فعلى المشترين، وإن وجد في دار مشتركة على التفاوت فهي على الرؤوس، وإن بيع ولم يقبض فهو على عاقلة البائع وفي الخيار على ذي اليد، ولا تعقل عاقلة حتى يشهد الشهود أنها لذي اليد، وفي الفلك على من فيها من الركاب والملاحين، وفي مسجد محلة على أهلها وفي الجامع والشارع لا قسامة والدية على بيت المال، ويهدر لو في برية أو وسط الفرات، ولو محتبساً بالشاطئ فعلى أقرب القرى، ودعوى الولي على واحد من غير أهل المحلة تسقط القسامة عنهم وعلى معين منهم لا، وإن التقى قوم بالسيوف فأجلوا

عن قتيل فعلى أهل المحلة إلا أن يدعي الولي على أولئك أو على معين منهم، وإن قال المستحلف: قتله زيد حلف بالله ما قتلت ولا عملت له قاتلاً غير زيد، وبطل شهادة بعض أهل المحلة على قتل غيرهم أو واحد منهم.

كتاب المعاقل

هي جمع معقلة وهي الدية، كل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة، وهي أهل الديوان إن كان القاتل منهم تؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين، فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث أو أقل أخذ منها، وإن لم يكن ديوانياً فعاقلته قبيلته، وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يؤخذ من كل في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث ولم يزد على كل واحد من كل الدية في ثلاث سنين على أربعة، فإن لم تتسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل نسباً على ترتيب العصبات، والقاتل كأحدهم،وعاقلة المعتق قبيلة مولاه، ويعقل عن مولى الموالاة مولاه وقبيلته، ولا تعقل عاقلة جناية العبد والعمد ولا ما لزم صلحاً ولا اعترافاً، إلا أن يصدقوه، وإن جنى حر على عبد خطأ فهي على عاقلته.

كتاب الوصايا

الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، وهي مستحبة، ولا تصح بما زاد على الثلث ولا لقاتله ووارثه إن لم تجز الورثة، ويوصي المسلم للذمي وبالعكس، وقبولها بعد موته وبطل ردها وقبولها في حياته، وندب النقص من الثلث، وملك بقبوله إلا أن يموت الموصى له بعد موت الموصي قبل قبوله فإنه يملكه بدون القبول، ولا تصح وصية المديون إن كان الدين محيطاً بماله، والصبي والمكاتب، وتصح الوصية للحمل وبه إن ولدت لأقل مدته من وقت الوصية، ولا تصح الهبة له، وإن أوصى بأمة إلا حملها صحت الوصية والاستثناء، وله الرجوع عن الوصية قولاً وفعلاً بأن باع أو وهب أو قطع الثوب أو ذبح الشاة، والجحود لا يكون رجوعاً.

باب الوصية بثلث المال

أوصى لذا بثلث ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فثلثه لهما، وإن أوصى لآخر بسدس ماله فالثلث بينهما أثلاثاً، وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجزه فثلثه بينهما نصفان، ولا يضرب الموصى له بما زاد على الثلث

إلا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة، وبنصيب ابنه بطل وبمثل نصيب ابنه صح، فإن كان له ابنان فله الثلث، وبسهم أو جزء من ماله فالبيان إلى الورثة، قال: سدس مالي لفلان ثم قال: له ثلث مالي له ثلث ماله، وإن قال: سدس مالي لفلان ثم قال: له سدس مالي له السدس، وإن أوصى بثلث دراهمه أو غنمه وهلك ثلثاه له ما بقي، ولو رقيقاً أو ثياباً أو دوراً له ثلث ما بقي وبألف وله عين ودين فإن خرج الألف من ثلث العين دفع إليه، وإلا فثلث العين وكلما خرج شيء من الدين له ثلثه حتى يستوفي الألف، وبثلثه لزيد وعمرو وهو ميت لزيد كله، ولو قال: بين زيد وعمرو لزيد نصفه، وبثلثه له ولا مال له، له ثلث ما يملك عند موته، وبثلثه لأمهات أولاده وهنّ ثلاث وللفقراء والمساكين لهن ثلاثة من خمسة وسهم للفقراء وسهم للمساكين، وبثلثه لزيد وللمساكين لزيد نصفه ولهم نصفه، وبمائة لرجل وبمائة لآخر فقال لآخر: أشركتك معهما له ثلث كل مائة وبأربعمائة له وبمائتين لآخر فقال لآخر: أشركتك معهما له نصف ما لكل منهما، وإن قال لورثته: لفلان عليّ دين فصدّقوه فإنه يصدّق إلى الثلث، فإن أوصى بوصايا عزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة، وقيل: لكل صدّقوه فيما شئتم وما بقي من الثلث فللوصايا، ولأجنبي ووارثه له نصف الوصية وبطل وصيته للوارث، وبثياب متفاوتة لثلاثة فضاع ثوب ولم يدر أي والوارث يقول: لكل هلك حقك بطلت، إلا أن يسلموا ما بقي، فلذي الجيد ثلثاه، ولذي الرديء ثلثاه، ولذي الوسط ثلث كل، وببيت عين من دار مشتركة وقسم ووقع في حظه فهو للموصى له وإلا مثل ذرعه، والإقرار مثلها، وبألف عين من مال آخر فأجاز رب المال بعد موت الموصي ودفعه صح وله المنع بعد الإجازة، وصح إقرار أحد الابنين بعد القسمة بوصية أبيه في ثلث، نصيبه، وبأمة فولدت بعد موته وخرجا من ثلثه فهما له وإلا أخذ منها ثم منه، ولابنه الكافر أو الرقيق في مرضه فأسلم أو عتق بطل كهبته وإقراره، والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول إن تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من كل المال، وإلا فمن الثلث.

باب العتق في المرض

تحريره في مرضه ومحاباته وهبته وصية، ولم يسع إن أجيز، فإن حابى فحرر فهي أحق وبعكسه استويا، وإن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم تنفذ بخلاف الحج، وبعتق عبده فمات فجنى ودفع بطلت، وإن فدى لا، وبثلثه لزيد وترك عبداً فادَّعى زيد عتقه في صحته والوارث في مرضه فالقول للوارث ولا شيء لزيد إلا أن يفضل من ثلثه شيء أو يبرهن على دعواه، ولو ادَّعى رجل ديناً

والعبد عتقاً فصدقهما الوارث سعى في قيمته وتدفع إلى الغريم، وبحقوق الله تعالى قدمت الفرائض وإن أخرها كالحج والزكاة والكفارات، وإن تساوت في القوة بدئ بما بدأ به، وبحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده يحج راكباً، وإلا فمن حيث يبلغ، ومن خرج من بلده حاجاً فمات في الطريق وأوصى بأن يحج عنه من بلده، والحاج عن غيره مثله.

باب الوصية للأقارب وغيرهم

جيرانه ملاصقوه، وأصهاره كل ذي رحم محرم من امرأته، وأختانه زوج كل ذي رحم محرم منه كأزواج البنات والعمات والخالات، وأهله زوجته، وآله أهل بيته، وجنسه أهل بيت أبيه، وإن أوصى لأقاربه أو لذوي قرابته أو لأرحامه أو لأنسابه فهي للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل الوالدان والولد والوارث وتكون للاثنين فصاعداً، فإن كان له عمان وخالان فهي لعميه، ولو عم وخالان كان له النصف لوهما النصف، ولو عم وعمة استويا، ولولد فلان للذكر والأنثى على السواء، ولورثة فلان للذكر مثل حظ الأنثيين.

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

وتصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معلومة وأبداً، فإن خرج العبد من ثلثه سلم إليه ليخدمه، وإلا خدم الورثة يومين والموصى له يوماً، وبموته يعود إلى ورثة الموصي، ولو مات في حياة الموصي بطلت، وبثمرة بستانه فمات وفيه ثمرة له هذه الثمرة، وإن زاد أبداً له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه، وبصوف غنمه وولدها ولبنها له الموجود عند موته قال: أبداً أو لا.

باب وصية الذمي

ذمي جعل داره بيعة أو كنيسة في صحته فمات فهي ميراث، وإن أوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث، وبداره كنيسة لقوم غير مسمين صحت كوصية حربي مستأمن بكل ماله لمسلم أو ذمي.

باب الوصي

أوصى إلى رجل فقبل عنده ورد عنده يرتد، وإلا لا وبيعه التركة كقبوله، وإن

مات فقال: لا أقبل ثم قبل صح إن لم يخرجه قاض مذ قال: لا أقبل، وإلى عبد وكافر وفاسق بدل بغيرهم، وإلى عبده وورثته صغار صح، وإلا لا، ومن عجز عن القيام بها ضم إليه غيره، وبطل فعل أحد الوصيين في غير التجهيز وشراء الكفن، وحاجة الصغار والاتهاب لهم، ورد وديعة عين وقضاء دين، وتنفيذ وصية معينة وعتق عبد عين، والخصومة في حقوق الميت، ووصى الوصي وصي التركتين، وتصح قسمته عن الورثة مع الموصى له ولو عكس لا، فلو قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع رجع بثلث ما بقي، وإن أوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده أو دفع إلى من يحج عنه فضاع في يده حج عن الميت بثلث ما بقي، وصح قسمة القاضي وأخذه خط الموصى له إن غاب، وبيع الوصي عبداً من التركة بغيبة الغرماء، وضمن الوصي إن باع عبداً أوصى ببيعه وتصدق بثمنه إن استحق العبد بعد هلاك ثمنه عنده، ويرجع في تركة الميت، وفي مال الطفل إن باع عبده واستحق وهلك الثمن في يده، وهو على الورثة في حصته، وصح احتياله بماله لو خيراً له، وبيعه وشراؤه بما يتغابن، وبيعه على الكبير في غير العقار، ولا يتجر في ماله، ووصي الأب أحق بمال الطفل من الجد، فإن لم يوص الأب فالجد كالأب.

فصل في الشهادة

شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى زيد معهما لغت، إلا أن يدعي زيد، وكذا الابنان، وكذا لو شهدا لوارث صغير بمال، أو لكبير بمال الميت، ولو شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للأولين بمثله تقبل وإن كانت شهادة كل فريق بوصية ألف لا.

كتاب الخنثى

هو من له فرج وذكر، فإن بال من الذكر فغلام، وإن بال من الفرج فأنثى، وإن بال منهما فالحكم للأسبق، فإن استويا فمشكل، ولا عبرة بالكثرة، فإن بلغ وخرجت له لحية أو وصل إلى النساء فرجل وكذا إذا احتلم من الذكر، وإن ظهر له ثدي أو لبن أو حاض أو حبل أو أمكن وطؤه فامرأة، وإن لم يظهر له علامة أو تعارضت فمشكل، فيقف بين صف الرجال والنساء، وتبتاع له أمة تختنه، وإن لم يكن له مال فمن بيت المال ثم تباع، وله أقل النصيبين، فلو مات أبوه وترك ابناً له سهمان وللخنثى سهم.

مسائل شتى

إيماء الأخرس وكتابته كالبيان بخلاف معتقل السان في وصية ونكاح وطلاق

وبيع وشراء وقود لا في حد، غنم مذبوحة وميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحرَّى وأكل وإلا لا، لف ثوب نجس رطب في ثوب طاهر يابس فظهرت رطوبته على ثوب طاهر لكن لا يسيل لو عصر لا يتنجس، رأس شاة متلطخ بالدم أحرق وزال عنه الدم فاتخذ منه مرقة جاز والحرق كالغسل، سلطان جعل الخراج لرب الأرض جاز وإن جعل العشر لا، ولو دفع الأراضي المملوكة إلى قوم ليعطوا الخراج جاز، ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين اليوم صح ولو عن رمضانين كقضاء الصلاة صح، وإن لم ينو أول صلاة أو آخر صلاة عليه، ابتلع بزاق غيره كفر لو صديقه وإلا لا، قتل بعض الحجاج عذر في ترك الحج، منعها زوجها عن الدخول عليها وهو يسكن معها في بيتها نشوز، ولو سكن في بيت الغصب فامتنعت لا، قالت: لا أسكن مع أمتك وأريد بيتاً على حدة ليس لها ذلك، قالت: مر اطلاق ده فقال: دا ذه كير وكرده كير أودا ذه باذو كرده باذ ينوّى، ولو قال: دا ذه است كرده است يقع نوى أولاً، ولو قال: دا ذه أنكار كرده أنكار لا يقع وإن نوى، وى مر انشايذ تافيا مت أو همه عمر لا يقع إلا بنية، حيلهء زنان كن إقرار بالثلاث حيلهء خويش كن لا كابين ترا بخشيذم مارا ازجنك باردار إن طلقها سقط المهر وإلا لا، قال: لعبده يا مالكي أو قال: لأمته أنا عبدك لا يعتق، العقار المتنازع فيه لا يخرج من يد ذي اليد ما لم يبرهن المدعي، عقار لا في ولاية القاضي لا يصح قضاؤه فيه، إذا قضى القاضي في حادثة ببينة ثم قال: رجعت عن قضائي أو بدا لي غير ذلك أو وقعت في تلبيس الشهود أو أبطلت حكمي ونحو ذلك، لا يعتبر والقضاء ماض إن كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة، خبأ قوماً ثم سأل رجلاً عن شيء فأقر به وهم يرونه ويسمعون كلامه وهو لا يراهم جازت شهادتهم، وإن سمعوا كلامه ولم يروه لا، باع عقاراً وبعض أقاربه حاضر يعلم البيع ثم ادَّعى لا تسمع، وهبت مهرها لزوجها فماتت فطالب ورثتها مهرها منه وقالوا: كانت الهبة في مرض موتها وقال: بل في الصحة فالقول له، أقر بدين أو غيره ثم قال: كنت كاذباً فيما أقررت حلف المقر له على أن المقر ما كان كاذباً فيما أقر به ولست بمبطل فيما تدعيه عليه، لو قال لآخر: وكلتك ببيع هذا فسكت صار وكيلاً وكلها بطلاقها لا يملك عزلها، وكلتك بكذا على أني متى عزلتك فأنت وكيلي يقول في عزله: عزلتك ثم عزلتك، ولو قال: كلما عزلتك فأنت وكيلي يقول: رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة، قبض بدل الصلح شرط إن كان ديناً بدين وإلا لا، ادَّعى رجل على صبي داراً فصالحه أبوه على مال الصبي، فإن كان للمدعي بينة جاز إن كان بمثل القيمة أو أكثر بما يتغابن فيه، وإن لم يكن له بينة أو كانت غير عادلة لا، ولو قال: لا بينة لي فبرهن أولاً شهادة لي

فشهد تقبل، للإمام الذي ولاه الخليفة أن يقطع إنساناً من طريق الجادّة إن لم يضر بالمارة، من صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباع ماله صح، خوّفها بالضرب حتى وهبته مهرها لم يصح إن قدر على الضرب، وإن أكرهها على الخلع وقع الطلاق ولا يسقط المال، ولو أحالت إنساناً على الزوج ثم وهبت المهر للزوج لا يصح، اتخذ بئراً في ملكه أو بالوعة فنز منها حائط جاره وطلب تحويله لم يجبر عليه، وإن سقط الحائط منه لم يضمن، عمر دار زوجته بماله بإذنها فالعمارة لها والنفقة دين عليها، ولنفسه بلا إذنها فله ولها بلا إذنها فالعمارة لها وهو متطوع، ولو أخذ غريمه فنزعه إنسان من يده لم يضمن، في يده مال إنسان فقال له سلطان: ادفع إليّ هذا المال وإلا أقطع يدك أو أضربك خمسين فدفع لم يضمن، وضع منجلاً في الصحراء ليصيد به حمار وحش وسمي عليه فجاء في اليوم الثاني ووجد الحمار مجروحاً ميتاً لم يؤكل، كره من الشاة الحياء والخصية والغدة والمثانة والمرارة والدم المسفوح والذكر، للقاضي أن يقرض مال الغائب والطفل واللقطة، صبي حشفته ظاهرة بحيث لو رآه إنسان ظنه مختوناً، ولا يقطع جلدة ذكره إلا بتشديد ترك كشيخ أسلم وقال أهل النظر: لا يطيق الختان، ووقته سبع سنين، والمسابقة بالفرس والإبل والأرجل والرمي جائزة، وجرم شرط الجعل من الجانبين لا من أحد الجانبين، ولا يصلى على غير الأنبياء والملائكة إلا بطريق التبع، والإعطاء باسم النيروز والمهرجان لا يجوز، ولا بأس بلبس القلانس، وندب لبس السواد وإرسال ذنب العمامة بين كتفيه إلى وسط الظهر، وللشاب العالم أن يتقدم على الشيخ الجاهل، ولحافظ القرآن أن يختم في كل أربعين يوماً.

كتاب الفرائض

يبدأ من تركة الميت بتجهيزه، ثم ديونه، ثم وصيته، ثم يقسم بين ورثته وهم ذو فرض أي ذو سهم مقدر، فللأب السدس مع الولد أو ولد الابن، والجد كالأب إن لم يتخلل في نسبته إلى الميت أم إلا في ردها إلى ثلث ما بقي وحجب أم الأب فيحجب الإخوة، وللأم الثلث، ومع الولد أو ولد الابن أو الاثنين من الإخوة والأخوات لا، ومع الأب وأحد الزوجين ثلث الباقي بعد فرض أحدهما، وللجدات وإن كثرن السدس إن لم يتخلل جدّ فاسد في نسبتها إلى الميت، وذات جهتين كذات جهة، والبعدى تحجب بالقربى، والكل بالأم، وللزوج النصف ومع الولد أو ولد الابن وإن سفل الربع، وللزوجة نصفه، وللبنت النصف، وللأكثر الثلثان، وعصبها الابن وله مثلاً حظها، وولد الابن كولده عند عدمه، ويحجب بالابن، ومع البنت لأقرب الذكور

الباقي، وللإناث السدس تكملة للثلثين، وحجبن ببنتين، إلا أن يكون معهن أو أسفل منهن ذكر فيعصب من كانت بحذائه ومن كانت فوقه ممن لم تكن ذات سهم وتسقط من دونه، والأخوات لأب وأم كبنات الصلب عند عدمهنَّ، ولأب كبنات الابن مع الصلبيات، وعصبهنَّ اخوتهنَّ والبنت وبنت الابن، وللواحد من ولد الأم السدس وللأكثر الثلث ذكورهم وإناثهم سواء، وحجبن بالابن وابنه وإن سفل وبالأب والجد، والبنت تحجب ولد الأم فقط، وعصبة أي من أخذ الكل إن انفرد والباقي مع ذي سهم، والأحق الابن ثم ابنه وإن سفل، ثم الأب ثم أب الأب وإن علا، ثم الأخ لأب وأم ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ لأب وأم ثم ابن الأخ لأب، ثم الأعمام ثم أعمام الأب ثم أعمام الجد على الترتيب، ثم المعتق، ثم عصبته على الترتيب، واللاتي فرضهنَّ النصف والثلثان يصرن عصبة بإخوتهن، ومن يدلي بغيره حجب به، والمحجوب يحجب كالأخوين أو الأختين يحجبان الأم من الثلث إلى السدس مع الأب، لا المحروم بالرق والقتل مباشرة واختلاف الدين أو الدار، والكافر يرث بالنسب والسبب كالمسلم، ولو حجب أحدهما فبالحاجب، لا بنكاح محرم، ويرث ولد الزنا واللعان بحهة الأم فقط، ووقف للحمل حظ ابن، ويرث إن خرج أكثره فمات لا أقله، ولا توارث بين الغرقى والحرقى إلا إذا علم ترتيب الموتى، وذو رحم، وهو قريب ليس بذي سهم وعصبة، ولا يرث مع ذي سهم وعصبة سوى أحد الزوجين لعدم الرد عليهما، وترتيبهم كترتيب العصبات، والترجيح بقرب الدرجة، ثم بكون الأصل وارثاً إذا استووا في الدرجة فمن يدلي بوارث أولى من كل صنف، وعند اختلاف جهة القرابة فلقرابة الأب ضعف قرابة الأم، وإن اتفق الأصول فالقسمة على الأبدان، وإلا فالعدد منهم والوصف من بطن اختلف، والفروض نصف وربع وثمن وثلثان وثلث وسدس، ومخارجها اثنان للنصف وأربعة وثمانية وثلاثة وستة لسميها واثنا عشر وأربعة وعشرون بالاختلاط، وتعول بزيادة، فستة تعول إلى عشرة وتراً وشفعاً، واثنا عشر إلى سبعة عشر وتراً، وأربعة وعشرون إلى سبعة وعشرين، وإن انكسر حظ فريق ضرب وفق العدد في الفريضة إن وافق، وإلا فالعدد في الفريضة فالمبلغ مخرجه، وإن تعدد الكسر وتماثل ضرب واحد، وإن توافق فالوفق وإلا فالعدد في العدد ثَمَّ وثَمَّ ثم المبلغ في الفريضة وعولها، وما فضلٍ برد على ذوي الفروض بقدر فروضهم إلا على الزوجين، فإن كان من يرد عليه جنساً واحداً فالمسألة من رؤوسهم كبنتين أو أختين، وإلا فمن سهامهم فمن اثنين لو سدسان وثلاثة لو ثلث وسدس وأربعة لو نصف وسدس وخمسة لو ثلثان وسدس أو نصف وسدسان أو نصف وثلث، ولو مع الأول من لا يرد عليه أعط فرضه من أقل مخارجه ثم اقسم الباقي على من يرد عليه كزوج

وثلاث بنات، وإن لم يستقم فإن وافق رؤوسهم كزوج وست بنات فاضرب وفق رؤوسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه، وإلا فاضرب كل رؤوسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج وخمس بنات، ولو مع الثاني من لا يرد عليه، فاقسم ما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسألة من يرد عليه، كزوجة وأربع جدات وست أخوات لأم، وإن لم يستقم فاضرب سهام من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه كأربع زوجات وتسع بنات وست جدات، ثم اضرب سهام من لا يرد عليه في مسألة من يرد عليه، وسهام من يرد عليه فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه، وإن انكسر فصحح كما مر، وإن مات البعض قبل القسمة، فصحح مسألة الميت الأول وأعط سهام كل وارث ثم صحح مسألة الميت الثاني وانظر بين ما في يده من التصحيح الأول وبين التصحيح الثاني ثلاثة أحوال، فإن استقام ما في يده من التصحيح الأول على التصحيح الثاني فلا ضرب وصحتا من تصحيح مسألة الميت الأول، وإن لم يستقم فإن كان بينهما موافقة فاضرب وفق التصحيح الثاني في كل التصحيح الأول وإن كان بينهما مباينة، فاضرب كل التصحيح الثاني في التصحيح الأول فالمبلغ مخرج المسألتين، واضرب سهام ورثة الميت الأول في التصحيح الثاني أو في وفقه وسهام ورثة الميت الثاني في نصيب الميت الثاني أو في وفقه، ويعرف حظ كل فريق من التصحيح بضرب ما لكل من أصل المسألة فيما ضربته في أصل المسألة، وحظ كل فرد بنسبة سهام كل فريق من أصل المسالة إلى عدد رؤوسهم مفرداً ثم يعطى بمثل تلك النسبة من المضروب لكل فرد، وإن أردت قسمة التركة بين الورثة أو الغرماء فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في كل التركة ثم اقسم المبلغ على التصحيح، ومن صالح من الورثة على شيء فاجعله كأن لم يكن واقسم ما بقي على سهام من بقي.

كتاب الكراهية

هي ضدّ الإرادة والرضا في اللغة.

قال رحمه اللّه: (المكروه إلى الحرام أقرب ونص محمد رحمه اللّه أن كل مكروه حرام) وإنما لم يطلق عليه لفظ الحرام لأنه لم يجد فيه نصاً، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه إلى الحرام أقرب، لقبه بباب الكراهية وفيه غير مكروه لأن بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه، والقدوري لقبه بالحظر والإباحة وهو صحيح لان الحظر المنع والإباحة الإطلاق وفيه بيان ما أباح الشرع وما منع ولقبه بعضهم بالاستحسان لأن فيه بيان ما حسنه الشرع وقبحه ولفظ الاستحسان أحسن فلقب به أو لأن أكثر مسائله استحسان لا مجال للقياس فيها، وبعضهم لقبه بكتاب الزهد والورع لأن كثيراً من مسائله أطلقه الشرع والزهد والورع تركها وهذا الكتاب يشتمل على فصول.

فصل في الأكل والشرب

قال رحمه اللّه: (**كره لبن الأتان**) لأن اللبن متولد من اللحم فصار مثله، **وكذا لبن الخيل يكره** عند أبي حنيفة رحمه اللّه كلحمه عنده ذكره قاضيخان في فتاواه ولا تؤكل الجلالة ولا يشرب لبنها لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكلها وشرب لبنها،

كتاب الكراهية

المناسبة بين كتاب الأضحية وكتاب الكراهية أن الكراهية توجد في عامة مسائل الأضحية أيضاً، ألا ترى أن التضحية في ليالي أيام النحر مكروهة، وكذا جز صوفها وحلب لبنها وإبدال غيرها مكانها، وكذلك ذبح الكتابي ثم عبارات الكتب اختلفت في ترجمة هذا الكتاب وقد سماه محمد في الأصل كتاب الاستحسان وعليه كتب أكثر مشايخنا كمختصر الكافي للحاكم الشهيد، وسماه محمد في الجامع الصغير باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوي مختصره والشيخ أبو الحسن الكرخي سماه في مختصره كتاب الحظر والإباحة وتبعه القدوري وغيره في هذه التسمية، وإنما سمي كتاب الاستحسان لما فيه من المسائل التي يستحسنها العقل والشرع اهـ إتقاني.

فصل في الأكل والشرب

قوله في المتن: (**كره لبن الأتان**) قال أبو حنيفة: يكره لحوم الأتان وألبانها وأبوال الأبل اهـ هداية. **قوله**: (**وكذا لبن الخيل يكره**) وجعل في الهداية شربه حلالاً عند أبي حنيفة

والجلالة هي التي تعتاد أكل الجيف والنجاسات ولا تخلط فيتغير لحمها فيكون منتناً، ولو حبست حتى يزول النتن حلت ولم يقدّر لذلك مدة في الأصل، وقدّره في النوادر بشهر، وقيل: بأربعين يوماً في الإبل وبعشرين يوماً في البقر وبعشرة أيام في الشاة وثلاثة أيام في الدجاجة، أما التي تخلط بأن تتناول النجاسة والجيف وتتناول غيرها على وجه لا يظهر أثر ذلك في لحمها فلا بأس به، ولهذا يحل أكل لحم جدي غذي بلبن الخنزير لأن لحمه لا يتغير وما غذي به يصير مستهلكاً لا يبقى له أثر وعلى هذا قالوا: لا بأس بأكل الدجاج لأنه يخلط ولا يتغير لحمه، وروى أنه عليه الصلاة والسلام «كان يأكل الدجاج/ »[١]، وما روي أن الدجاج يحبس ثلاثة أيام ثم [١٨٥ ب/٣] يذبح فذاك على سبيل التنزه لا أنه شرط، ولو سقى ما يؤكل لحمه خمراً فذبح من ساعته حل أكله ويكره.

قال رحمه اللّه: (والأكل والشرب والادهان **والتطيب من إناء ذهب وفضة** للرجل والمرأة) لما روي عن حذيفة أنه قال: سمعت رسول للّه ﷺ يقول: «لا تلبسوا الحرير ولا الديباج **ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة** ولا تأكلوا في صحافها فإنها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة»[٢]رواه البخاري ومسلم وأحمد. «وعن أم سلمة أن النبي ﷺ قال: إن الذي يشرب في إناء الفضة إنما يجرجر في بطنه نار جهنم»[٣] راوه مسلم. وعن عائشة رضي اللّه عنها أن النبي ﷺ قال: «في الذي يشرب في إناء فضة كمأنما يجرجر في بطنه نار جهنم»[٤] رواه أحمد وابن ماجه. «وعن البراء بن عازب أنه قال: نهانا رسول اللّه ﷺ عن الشرب في إناء الفضة فإنه من شرب فيها في الدنيا لم يشرب فيها في الآخرة»[٥] رواه مسلم. فإذا ثبت ذلك في الشرب والأكل فكذا في

كما سيأتي في الأشربة من هذا الشرح اهـ **قوله في المتن: (والتطيب من إناء ذهب وفضة الخ)** وأما الأكل والشرب في الإناء المفضض فسيجيء متناً وشرحاً في الصفحة الآتية بما فيه من الخلاف اهـ **قوله: (ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة)** إلخ ولا يرد على هذا غسل قلبه ﷺ في طست من ذهب لأن ذلك قبل تحريم استعمال الذهب أو يقال: التحريم في استعمال ذهب الدنيا لا ذهب الجنة أو يقال: استعماله حرام على البشر لا على الملائكة

---

(١) أخرجه النسائي في الصيد باب اباحة أكل لحوم الدجاج (٤٣٥٧).

(٢) أخرجه البخاري في الأطعمة (٥٤٢٦)، ومسلم في اللباس والزينة (٢٠٩٧)، وأحمد في مسنده (٢٢٨٠٣).

(٣) أخرجه البخاري في الأشربة (٥٦٣٤)، ومسلم في اللباس والزينة (٢٠٠٦٥)، وابن ماجه في الأشربة (٣٤١٣).

(٤) أخرجه ابن ماجه في الأشربة (٣٤١٥)، وأحمد في مسنده (٢٤١٤١).

(٥) أخرجه مسلم في اللباس والزينة (٢٠٦٦).

التطيب وغيره لأنه مثله في الاستعمال فيكون الوارد فيهما وارداً فيما هو بمعناهما دلالة لما عرف في موضعه، ولأنه تنعم بتنعم **المترفين** والمسرفين وتشبه بهم وقد قال الله تعالى فيهم: ﴿أذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا﴾ [الأحقاف: ٢٠]، وقال عليه الصلاة والسلام: «من تشبه بقوم فهو منهم»(١). والمراد بقوله: كره التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لإطلاق ما روينا، وكذا الأكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميلهما **وما أشبه ذلك** من الاستعمال، ومعنى يجرجر يردّد من جرجر الفحل إذا ردّد صوته في حنجرته، وقال في النهاية: قيل: صورة الادهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب والفضة ويصب الدهن على الرأس، أما إذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره قال: كذا في الذخيرة.

قال رحمه الله: (لا من رصاص وزجاج وبلور وعقيق) أي لا يكره استعمال الأواني من هذه الأشياء، وقال الشافعي: يكره لأنه في معنى الذهب والفضة في التفاخر به قلنا: لا نسلم، ولئن كانت عادتهم جارية بالتفاخر في غير الذهب والفضة فلم تكن هذه الأشياء في معناهما فامتنع الإلحاق بهما، ويجوز استعمال الأواني من الصفر لما روي عن عبد الله بن يزيد أنه قال: «أتانا رسول الله ﷺ **فأخرجنا له ماء في تور** من صفر فتوضأ»(٢) رواه البخاري وأبو داود وغيرهما. ويمكن أن يستدل به على إباحة غير الذهب والفضة لأنه في معناه بل عينه.

قال رحمه الله: (وحل الشرب من إناء مفضض والركوب على سرج مفضض والجلوس على كرسي مفضض ويتقي موضع الفضة) أي يتقى موضعها بالفم وقيل: بالفم واليد في الأخذ وفي الشرب وفي السرير والسرج والكرسي موضع الجلوس، **وكذا الإناء المضبب بالذهب** والفضة والكرسي المضبب بهما، وكذا إذا جعل ذلك في نصل السيف والسكين أو في قبضتهما ولم يضع يده في موضع الذهب والفضة، وكذا إذا جعل ذلك في المشحذ أو في حلقة المرآة أو جعل المصحف مذهباً أو

والمستعمل له في هذه الحالة جبريل عليه السلام لا النبي ﷺ اهـ **قوله**: (**المترفين**) أي المتنعمين يقال: أترفه أي نعمه وأترفته النعمة أي أطغته، وكذا في الديوان اهـ غاية. **قوله**: (**وما أشبه ذلك**) أي كالمكحلة والمرآة والمجمرة **قوله**: (**فأخرجنا له ماء في تور**) التور إناء صغير يشرب فيه ويتوضأ منه اهـ مغرب. **قوله**: (**وكذا الإناء المضبب بالذهب**) أي المشدود به يقال: باب مضبب أي مشدود بالضبات جمع ضبة وهي حديدتة العارضة التي يضبب بها

---

(١) أخرجه أبو داود في اللباس (٤٠٣١)، وأحمد في مسنده (٥٠٣٩).

(٢) أخرجه البخاري في الوضوء (١٩٧)، وأبو داود في الطهارة (١٠٠)، وابن ماجه في الطهارة (٤٧١).

مفضضاً، وكذا المفضض من اللجام والركاب **والثفر** لا يكره، وكذا الثوب إذا كان فيه كتابة بذهب أو فضة وهذا كله عند أبي حنيفة رحمه اللّه، **وقال أبو يوسف: يكره ذلك كله** وقول محمد: يروى مع أبي حنيفة **ومع أبي يوسف** رحمة اللّه عليهم، وهذا الاختلاف فيما يخلص وأما التمويه الذي لا يخلص فلا بأس به بالإجماع لأنه مستهلك فلا عبرة ببقائه لوناً، لأبي يوسف ما روي «عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال: من شرب في إناء من ذهب أو فضة أو إناء فيه شيء من ذلك فإنما يجرجر في بطنه نار جهنم»[١] رواه الدار قطني، واحتج أيضاً بما روينا من الأخبار لأنها/ مطلقة غير مقيدة بشيء من ذلك، ولأن من استعمل إناء كان مستعملاً لكل جزء منه فيكره كما إذا استعمل موضع الذهب والفضة، ولأبي حنيفة ما روي «عن أنس أن قدح النبي ﷺ انكسر فاتخذ مكان الشعب سلسلة من فضة»[٢] رواه البخاري. ولأحمد عن عاصم الأحول قال: «رأيت عند أنس قدح النبي ﷺ فيه ضبة فضة»[٣]. **ولأن الاستعمال قصداً** للجزء الذي يلاقيه العضو وما سواه تبع له في الاستعمال فلا يكره فصار كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب ومسمار الذهب في فص الخاتم، وكالعمامة المعلمة بالذهب وروي أن هذه المسألة وقعت في مجلس أبي جعفر الدوانقي وأبو حنيفة وأئمة عصره حاضرون فقالت الأئمة: يكره

[١٨٦ أ/٣]

اهـ غاية. قال في المغرب: ومنه ضبب أسنانه إذا شدها بالفضة اهـ وفي المصباح والضبة من حديد أو صفرا ونحوه، يشعب بها الإناء وجمعها ضباب مثل جنة وجنات وضببته بالتثقيل عملت له ضبة اهـ **قوله**: (**والثفر**) قال في الصحاح: في فصل الثاء المثلثة من باب الراء والثفر بالتحريك ثفر الدابة وقد أثفرتها أي شددت عليها الثفر ودابة مثفار يرمى بسرجه إلى مؤخره اهـ **قوله**: (**وقال أبو يوسف: يكره ذلك كله**) وكذلك الاختلاف إذا جعل ذلك في السقف جاز عنده وكرهه أبو يوسف اهـ إتقاني. **قوله**: (**ومع أبي يوسف**) فصار عن محمد روايتان اهـ غاية. **قوله**: (**ولأن الاستعمال قصداً إلخ**) قال الإتقاني: واحتج أبو حنيفة أن هذا تابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في التوب وشبه ذلك بالشرب من الكف على خنصره خاتم فضة أنه لا يكره وصار من جنس التحمل وفرق أبو يوسف، وقال: الخاتم لم يصر جزءاً من الكف بخلاف مسألتنا قال فخر الإسلام: وكلام أبي يوسف باطل بالمسمار اهـ (فرع) قال في سيراليون قال محمد: ولا بأس بأن يكون في بيته شيء من الديباج وفرش الديباج لا يقعد عليها ولا ينام وأواني الذهب للتجمل لا يشرب فيها اهـ غاية. **قوله**:

---

(١) أخرجه الدارقطني (١/ ٤٠).

(٢) أخرجه البخاري في فرض الخمس (٣١٠٩).

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (١٢١٦٦).

وأبو حنيفة ساكت فقيل له: ما تقول: فقال: إن وضع فاه في موضع الفضة يكره وإلا فلا فقيل له: ومن أين لك فقال: أرأيت لو كان في إصبعه خاتم فضة فشرب من كفه أيكره ذلك فوقف الكل وتعجب أبو جعفر من جوابه.

قال رحمه اللّه: (ويقبل قول الكافر في الحل والحرمة) وهذا سهو لأن الحل والحرمة من الديانات، ولا يقبل قول الكافر في الديانات **وإنما يقبل قوله في المعاملات خاصة للضرورة**، ولأن خبره صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة إلى قبول قوله لكثرة وقوع المعاملات، ولا يقبل في الديانات لعدم الحاجة إلا إذا كان قبوله في المعاملات يتضمن قبوله في الديانات فحينئذٍ تدخل الديانات في ضمن المعاملات فيقبل قوله فيها ضرورة وكم من شيء يصح ضمناً وإن لم يصح قصداً، ألا ترى أن بيع الشرب وحده لا يجوز وتبعاً للأرض يجوز، **فكذا هنا يدخل** حتى إذا كان له خادم أو أجير مجوسي فأرسله ليشتري له لحماً فقال: اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم وسعه أكله، وإن قال: اشتريته من مجوسي لا يسعه أكله، **لأنه لما قبل في حق الشراء منه** لزمه قبوله في حق الحل والحرمة ضرورة لما ذكرنا، وإن كان لا يقبل قوله فيه قصداً بأن قال: هذا حلال وهذا حرام.

(**وإنما يقبل قوله في المعاملات خاصة للضرورة**) قلت: هذا ليس بسهو، وهذا المقدار لا يخفى على مثل المصنف، وإنما أراد بالحل الحل الضمني وبالحرمة الحرمة الضمنية لأنه أراد بهذا الكلام حاصل المسألة التي ذكرها صاحب الهداية بقوله: ومن أرسل أجيراً له مجوسياً أو خادماً فاشترى لحماً فقال: اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم وسعه أكله لأن قول الكافر مقبول في المعاملات، لأنه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب، والحاجة ماسة إلى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وإن كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه معناه إذا كان ذبيحة غير الكتابي، والمسلم لأنه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة ومراد الشيخ رحمه اللّه من قوله في الحل والحرمة هو هذا أعني قوله لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة فافهم اهـ عيني. **قوله**: (**فكذا هنا يدخل**) قال الفقيه أبو الليث السمرقندي: كان لأصحاب رسول اللّه ﷺ عبيد من العلوج وكانوا يستعملونهم ويصدقونهم على مقالتهم اهـ **قوله**: (**لأنه لما قبل في حق الشراء منه**) والشراء من المعاملات اهـ غاية. **قوله**: (**وأصله أن المعاملات إلخ**) قال الإتقاني: وأصله أن خبر الواحد في المعاملات حجة لإجماع المسلمين على ذلك بالكتاب والسنة فإن اللّه تعالى جعل خبر الواحد حجة في كتابه قال تعالى: ﴿وجاء من أقصى المدينة رجل يسعى﴾ [يسٓ: ٢٠]، وقال تعالى: ﴿فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة﴾ [الكهف: ١٩]، وقد توارثنا السنة من الصحابة والتابعين بذلك قال الشيخ أبو نصر البغدادي في شرح القدوري:

قال رحمه الله: (والمملوك والصبي في الهدية والإذن والفاسق في المعاملات) أي خبر هؤلاء يقبل فيما ذكره لأنه من المعاملات، **وأصله أن المعاملات** يقبل فيها خبر كل مميز حرّاً كان أو عبداً مسلماً أو كافراً صغيراً أو كبيراً لعموم الضرورة الداعية إلى سقوط اشتراط العدالة فإن الإنسان قلما يجد المستجمع لشرائط العدالة ليعامله أو يستخدمه ويبعثه إلى وكلائه ونحو ذلك، ولا دليل مع السامع يعمل به سوى الخبر فلو لم يقبل خبره لامتنع باب المعاملات ووقعوا في حرج عظيم وبابه مفتوح، ولأن المعاملات ليس فيها إلزام، واشتراط العدالة للإلزام فلا معنى لاشتراطها فيها لأن الحال فيها حال مسالمة لا حال منازعة حتى يخاف فيها التزاوير والاشتغال بالأباطيل، ولأن المعاملات أكثر وقوعاً فاشتراط العدالة فيها يؤدّي إلى الحرج فيشترط فيها التمييز لا غير، فإذا قبل فيها قول المميز: وكان في ضمن قبول قوله فيها قبوله في الديانات يقبل قوله في الديانات ضمناً لما ذكرنا حتى إذا قال مميز: هذا أهدى إليك فلان أو قالت جارية لرجل: بعثني مولاي إليك هدية **وسعة الأخذ والاستعمال** حتى جاز له الوطء بذلك الخبر لأن الحل والحرمة، وإن كانت من الديانات صارت تبعاً للمعاملات فيثبت بثبوت المعاملات، ولأن كل معاملة لا تخلو عن ديانة فلو لم يقبل فيها في ضمن المعاملات لأدّى إلى الحرج وكان ينسدّ باب المعاملات بالكلية وهو مفتوح فيقبل قول المميز فيها ضرورة **بخلاف الديانات المقصودة**، لأنها لا يكثر وقوعها كالمعاملات فلا حرج في اشتراط العدالة، ولا حاجة إلى قبول قول الفاسق: لأنه متهم فيها وكذا الكافر والصغير متهمان ولأنهما لا يلتزمان الحكم فليس لهما أن يلزما غيرهما بخلاف المعاملة لأنها جائزة معهما ومن ضرورة جوازها/ معهما قبول قولهما [١٨٦ ب/٣]

وهذا الذي ذكره استحسان، والقياس أن لا يقبل لما لم يكن لهما قول صحيح، وإنما تركوا القياس للعادة الجارية أنهم يقبلون قولهما في الهداية والإذن في سائر الأعصار من غير نكير، ولأنه لو اعتبر في ذلك خبر الحر البالغ لشق على الناس فجوّز لذلك، وقد قالوا يجب أن يعمل في ذلك على غلبة الظن من السامع من صفة المخبر، فإذا رأى العبد يبيع شيئاً لم يشتر منه حتى يسأله فإذا ذكر أن مولاه أذن له في ذلك، وكان ثقة فلا بأس به أن يشتري منه، وكذلك إن قال: هذا أهداه إليك مولاي فإن كان أكبر رأيه أنه كاذب أو لم يكن له رأي لم يعترض لشيء منه لأن الأصل أنه محجور عليه، والإذن طارئ عليه فلا يجوز إثباته بالشك، وإذا قبلنا قول العبد إذا كان ثقة في الإذن لأنه من إخبار المعاملات وهو أضعف من أخبار الديانات فإذا قبل قوله في أخبار الدين، ففي أخبار المعاملات أولى اهـ **قوله**: (**وسعه الأخذ والاستعمال**) أي لأنه لا فرق بين ما إذا أخبرت بإهداء المولى غيرها أو نفسها اهـ ع **قوله**: (**بخلاف الديانات المقصودة**) أي التي لم تكن تبعاً للمعاملات اهـ **قوله**: (ولم

لأنها لا تتهيأ إلا بقبول قولهما، ولا يقبل في الديانات قول المستور في ظاهر الرواية، وعن أبي حنيفة أنه يقبل قوله فيها بناء على ما شاهد من أهل عصره، لأن الصلاح كان غالباً فيه، ولهذا جاز القضاء بشهادته والظاهر أنه كالفاسق حتى يعتبر في خبره في الديانات أكبر الرأي كما في خبر الفاسق لظهور الفساد في زماننا، ويقبل قول العبيد والإماء إذا كانوا عدولاً لترجح جانب الصدق كخبر الحرّ إذا كان عدلاً، ومن المعاملات التوكيل والإذن في التجارة وكل شيء ليس فيه إلزام ولا ما يدل على النزاع فإن كان فيه شيء من ذلك لا يقبل فيه خبر الواحد على ما نبينه في فصل البيع من هذا الكتاب، ومن الديانات الإخبار ينجاسة الماء حتى إذا أخبره عدل أنه نجس تيمم ولا يتوضأ به، وإن كان المخبر فاسقاً تحرى فيه، وكذا إذا كان مستوراً في الصحيح فإن غلب على ظنه أنه صادق تيمم ولا يتوضأ به، وإن أراقه ثم تيمم كان أحوط لأن التحرّي مجرّد ظن فلا يسقط به احتمال الكذب فيه بخلاف خبر العدل لأنه لا يحتمل الكذب فلا حاجة إلى الإراقة معه، ولو كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب وهذا جواب الحكم، وأما الاحتياط فأن يتيمم لأن التحري مجرّد ظنّ لا يمنع احتمال ضده، ومن الديانة الحل والحرمة المقصودان **ولم يكن فيهما زوال** الملك فحاصله أن محله الخبر أنواع أحدها خبر الرسول عليه الصلاة والسلام فيما ليس فيه عقوبة فيشترط فيه العدالة لا غير، والثاني خبره عليه الصلاة والسلام فيما فيه عقوبة فهو كالأوّل عند أبي يوسف وهو اختيار الجصاص خلافاً لأبي الحسن الكرخي حيث يشترط فيه التواتر عنده، **وشهر رمضان** من القسم الأوّل، والثالث حقوق العبادة فيما فيه إلزام من كل وجه فيشترط فيه العدلة والعدد والحرية ولفظة الشهادة، والرابع حقوق العباد فيما فيه إلزام من وجه دون وجه فيشترط فيها أحد شطري الشهادة أما العدد أو العدالة عند أبي حنيفة خلافاً لهما حيث يقبل فيها عندهما خبر كل مميز، والخامس المعاملات فيقبل فيها خبر كل مميز على ما بيّنا وقد بيّنا أمثلة كل قسم في موضعه من كتاب النكاح ومن كتاب الوكالة والشهادة.

قال رحمه الله: (ومن دعي إلى وليمة وثمة لعب وغناء يقعد ويأكل) أي إذا حدث اللعب والغناد هناك بعد حضوره يقعد ويأكل ولا يترك ولا يخرج لأن إجابة الدعوة سنة قال عليه الصلاة والسلام: «من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم»(١)

يكن فيهما زوال) أي كإخبار العدل الزوجين بأنهما ارتضعا اهـ **قوله: (وشهر رمضان)** أي

---

(١) أخرجه البخاري في النكاح (٥١٧٧)، ومسلم في النكاح (١٤٣٣)، وابن ماجه في النكاح (١٩١٣) وكلهم بلفظ «فقد عصى الله ورسوله».

فلا يتركها لما اقترنت البدعة من غيره كصلاة الجنازة **لا يتركها لأجل النائحة** فإن قدر على المنع منعهم، وإن لم يقدر يصبر لقوله عليه الصلاة والسلام: «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان»[١] ، وقال أبو حنيفة: ابتليت بهذا مرة هذا إذا لم يكن مقتدى به فإن كان مقتدى به ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لأن في ذلك شين الدين، وفتح باب المعصية على المسلمين **والمحكي عن أبي حنيفة رحمه الله كان** قبل أن يصير مقتدى به، **وإن كان ذلك على المائدة فلا يقعد** لقوله تعالى: ﴿فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين﴾ [الأنعام:٦٨] وإن كان هناك لعب وغناء قبل أن يحضرها فلا يحضرها لأنه لا يلزمه إجابة الدعوة إذا كان هناك منكر، «وقال علي رضي الله عنه: صنعت طعاماً فدعوت رسول الله ﷺ فجاء فرأى في البيت تصاوير فرجع»[٢] رواه بن ماجه. «وعن ابن عمر أنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن مطعمين عن الجلوس على مائدة يشرب عليها الخمر وأن يأكل وهو منبطح»[٣] رواه أبو داود، **ودلت المسألة** على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب، وكذ قول أبي حنيفة: ابتليت يدل على ذلك لأن

الشهادة على رؤية هلال رمضان إذا كان بالسماء علة اهـ **قوله: (لا يتركها لأجل النائحة)** لا يقال صلاة الجنازة واجبة فلا يدل عدم تركها لاقتران المعصية على عدم ترك إجابة الدعوة لاقتران المعصية، لأنها سنة وهي أضعف لأنا نقول: إجابة الدعوة وإن كانت سنة إلا أنها في قوّة الواجب، لما روى صاحب السنن بإسناده إلى «عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول اللهّ عليه وسلم: من دعي فلم يجب فقد عصى الله ورسوله، ومن دخل على غير دعوة دخل سارقاً وخرج مغيراً». وروي في السنن أيضاً مسنداً إلى «ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى اللهّ عليه وسلم قال: إذا دعي أحدكم إلى الوليمة فليأتها، فإن كان مفطراً فليطعم، وإن كان صائماً فليدع». وروي في السنن أيضاً مسنداً إلى جابر قال: قال النبي ﷺ: «من دعي فليجب فإن شاء طعم، وإن شاء ترك». ذكره في كتاب الأطعمة اهـ إتقاني. **قوله: (والمحكي عن أبي حنيفة رحمه الله كان)** أي حال شبابه اهـ غاية. **قوله: (وإن كان ذلك على المائدة فلا يقعد)** قال الإتقاني: وقالوا: هذا إذا لم يعلم قبل أن يدخل عليهم، فإن علم قبل الدخول إن كان محترماً يعلم أنه لو دخل عليهم يتركون ذلك احتراماً له فعليه أن يذهب لأن فيه ترك المعصية والنهي عن المنكر، وإن علم أنه لو دخل عليهم لا يتركون فلا يدخل عليهم اهـ إتقاني. **قوله: (ودلت المسألة إلخ)** قال الشيخ أبو العباس الناطفي في

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه ابن ماجه في الأطعمة (٣٣٥٩)، وبنحوه النسائي في الزينة (٥٣٥١).

(٣) أخرجه أبو داود في الأطعمة (٣٧٧٤)، وابن ماجه في مسنده (٣٣٧٠).

الابتلاء يكون بالمحرم، وقال رسول الله ﷺ: «ليكوننَّ من أمتي أقوام يستحلون الخمر والخنزير والخز والمعازف / »[١] أخرجه البخاري. وفي لفظ «ليشربن ناس من أمتي الخمر يسمونها بغير اسمها يعزف على رؤوسهم بالمعازف والمغنيات يخسف الله بهم الأرض ويجعل منهم القردة والخنازير». رواه ابن ماجه. واختلفوا في التغني المجرد قال بعضهم: إنه حرام مطلقاً، والاستماع إليه معصية لإطلاق ما روينا، وإليه أشار في الكتاب وهو اختيار شيخ الإسلام رحمه الله تعالى ولو سمع بغتة فلا إثم عليه، ومنهم من قال: لا بأس بأن يتغنى ليستفيد به فهم القوافي والفصاحة، ومنهم من قال: يجوز التغني لدفع الوحشة إذا كان وحده ولا يكون على سبيل اللهو، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله لأنه يروي ذلك عن بعض الصحابة رضي الله عنهم أجمعين، ولو كان في الشعر حكم أو عبر أو فقه لا يكره، وكذا لو كان فيه ذكر امرأة غير معينة، وكذا لو كانت معينة وهي ميتة وإن كانت حية يكره.

[١٨٧/ ٣/أ]

فصل في اللبس

قال رحمه الله: (حرم للرجل لا للمرأة لبس الحرير إلا قدر أربع أصابع) أي حرم على الرجل لا على المرأة لبس الحرير واللام تأتي بمعنى على، وقال الله تعالى: ﴿ وإن أسأتم فلها ﴾ [الإسراء: ٧] أي فعليها وإنما حرم لبس الحرير على الرجال دون النساء لما «روي عن أبي موسى الأشعري أن النبي ﷺ أحل الذهب والحرير للإناث من أمته وحرم على ذكورها»[٢] رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه، وعن عمر أنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لا تلبسوا الحرير فإنه من لبسه في الدنيا لم يلبسه في الآخرة»[٣]. وعن أنس مثله عن النبي ﷺ رواهما البخاري ومسلم وأحمد، إلا أن اليسير عفو مقدار أربع أصابع كما ذكر هنا لما روي عن عمر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ «نهى عن لبس الحرير إلا هكذا، ورفع لنا رسول الله ﷺ السبابة والوسطى وضمهما»[٤] رواه أحمد ومسلم والبخاري. وفي لفظ «نهى عن لبس

الأجناس: قال في كتاب الكراهية: إملاء سألت أبا يوسف عن الدف أتكرهه في غير العرس مثل المرأة في منزلها والصبي قال: فلا أكرهه، وأما الذي يجيء منه اللعب الفاحش والغناء فإني أكرهه اهـ إتقاني.

---

(١) أخرج بنحوه البخاري في الأشربة (٥٥٩٠).
(٢) أخرجه النسائي في الزينة (٥١٤٨)، والترمذي في اللباس (١٧٢٠)، وأحمد في مسنده (١٩٠٠٩).
(٣) أخرجه البخاري في اللباس (٥٨٣٤)، ومسلم في اللباس والزينة (٢٠٧٩).
(٤) أخرج بنحوه البخاري في اللباس (٥٨٢٨)، ومسلم في اللباس والزينة (٢٠٦٩) واللفظ له، وأحمد في مسنده (٩٣).

الحرير إلا موضع إصبعين أو ثلاثة أو أربعة »[١] رواه مسلم وأحمد وأبو داود وجماعة آخرون، وعن أسماء أنها أخرجت جبة طيالسة عليها لبنة شبر من ديباج **كسرواني** وفرجيها مكفوفين به فقالت: « هذه جبة رسول الله ﷺ كان يلبسها كانت عند عائشة رضي الله عنها فلما قبضت عائشة قبضتها إليّ فنحن نغسلها للمريض فيستشفي بها »[٢] رواه أحمد ومسلم. ولم يذكر لفظة الشبر وعن « معاوية نهى رسول الله ﷺ عن ركوب النمار وعن لبس الحرير **إلا مقطعاً** »[٣] رواه أحمد وأبو داود والنسائي وكذا الثوب المنسوج بالذهب لا يكره إذا كان قدر أربع أصابع، وإن كان أكثر من ذلك يكره، وقال في المحيط: وكذا تكة الحرير ولبنته وهو لقب لا يحل للرجال لأنه استعمال تام.

قال رحمه الله: (وحل توسده وافتراشه) وهذا عن أبي حنيفة رحمه الله، **وقال محمد رحمه الله: يكره له ذلك ذكره في الجامع الصغير**، وذكر القدوري قول أبي يوسف مع محمد، **وذكره أبو الليث** مع أبي حنيفة لمحمد ما روي عن « حذيفة أنه عليه الصلاة والسلام نهانا أن نشرب في آنية الذهب والفضة وأن نأكل فيها وعن لبس الحرير والديباج وأن نجلس عليه »[٤] رواه البخاري. وعن علي رضي الله عنه قال:

فصل في اللبس

قوله: (كسرواني) منسوب إلى كسرى وهو لقب ملوك الفرس اهـ **قوله: (إلا مقطعاً)** أي اليسير منه اهـ **قوله: (وقال محمد: يكره له ذلك)** وذكر فخر الإسلام عن نوادر هشام: أن محمداً كره تكة الديباج والإبريسم، وقال في فتاوى الصغرى: ولا بأس بتكة الحرير عند أبي حنيفة اهـ إتقاني. **قوله: (ذكره في الجامع الصغير)** أي ولم يذكر فيه قول أبي يوسف، وقد ذكر الكرخي في مختصره قول أبي يوسف مع محمد وتبعه القدوري وغيره، وقال الكرخي: قال أبو حنيفة: لا بأس بافتراش الحرير والديباج والنوم عليهما، وكره ذلك أبو يوسف ومحمد، وقال بشر عن أبي يوسف: أحبّ إليّ أن يفعل إلى هنا لفظ الكرخي اهـ غاية. وكتب ما نصه قال فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير: وكذلك الخلاف في ستر الحرير وتعليقه على الأبواب يعني لا بأس به عند أبي حنيفة، ويكره عند محمد لهما العمومات في تحريم الحرير وهي تشمل اللبس والتوسد جميعاً اهـ غاية. **قوله: (وذكره أبو**

---

(١) أخرجه مسلم في اللباس والزينة (٢٠٦٩)، وأبو داود في اللباس (٤٠٤٢)، وأحمد في مسنده (٣٦٧).

(٢) أخرجه أبو داود في اللباس (٤٠٥٤)، وأحمد في مسنده (٢٦٤٠٢).

(٣) أخرجه أبو داود في الخاتم (٤٢٣٩)، وأحمد في مسنده (١٦٣٩١)، والنسائي في الزينة (٥١٤٣) من غير لفظ « النمار ».

(٤) أخرجه البخاري في اللباس (٥٨٣٧)، وأحمد في مسنده (٢٢٨٥٤).

«نهانا رسول اللّه ﷺ عن الجلوس على المياثر». والمياثر شيء كانت تصنعه النساء لبعولتهن على الرحل **كالقطائف من الأرجوان**، رواه مسلم والنسائي. وقال سعد بن أبي وقاص «لأن أتكئ على جمر الغضا أحب إليّ من أن أتكئ على مرافق الحرير»[١]، وعن علي أنه أتى بدابة على سرجها حرير فقال: هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة، ولأن التنعم بالتوسد والافتراش مثل التنعم باللبس **وهو زي الأكاسرة** والتشبه بهم حرام، قال عمر رضي اللّه عنه: «إياكم وزيّ الأعاجم». ولأبي حنيفة رحمه اللّه ما روي أن النبي ﷺ «جلس على **مرفقة حرير**»[٢]. ولأن القليل من الملبوس مباح كالأعلام، فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع بينهما كون كل واحد منهما **نموذجاً** ونظيره انكشاف العورة في الصلاة فإن القليل منه لا يفسد فكذا الكثير في زمن قليل على ما عرف في موضعه، وهذا بخلاف كرسي الفضة أو/ الذهب حيث لا يجوز أن يقعد [١٨٧ب/٢] عليه لأنه استعمال تام في حقه **إذ هما لا يلبسان**، فلا يكون نموذجاً لأن عين الشيء لا يكون نموذجاً، وإنما يكون نموذجاً إذا كان شيئاً يسيراً منه.

قال رحمه اللّه: (**ولبس ما سداه حرير ولحمته قطن** أو خز) لأن الصحابة رضي

الليث) أي في شرح الجامع الصغير اهـ غاية. **قوله** (**كالقطائف من الأرجوان**) قال ابن الأثير: فيه أنه نهى عن ميثرة الأرجوان الميثرة بالكسر مفعلة من الوثارة يقال: وثر وثارة فهو وثير أي وطئ لين وأصلها موثرة فقلبت الواو، ياء لكسرة الميم وهي من مراكب العجم تعمل من حرير أو ديباج، والأرجوان صبغ أحمر ويتخذ كالفراش الصغير ويحشى بقطن أو صوف يجعلها الراكب تحته على الرحال فوق الجمال، ويدخل مياثر السروج لأن النهي يشمل كل ميثرة حمراء سواء كانت على رحل أو سرج اهـ ذكره في باب الواو مع الثاء المثلثة اهـ **قوله**: (**وهو زي الأكاسرة**) قال الإتقاني: ولأن القليل من الملبوس حلال وهو العلم فكذا القليل من اللبس وهو التوسد والافتراش لأنه ليس باستعمال كامل، وذلك لأن التوسد والافتراش والنوم عليه استعمال وهو مع ذلك امتهان فقصر معنى الاستعمال والتزين به فلم يتعدّ حكم التحريم من اللبس الذي هو الاستعمال الكامل إليه، فلم يحرم بل كان ذلك تقليلاً للبس ونموذجاً وترغيباً في نعيم الآخرة اهـ **قوله**: (**مرفقة حرير**) قال الإتقاني: والمراد من المرفقة بكسر الميم وسادة الاتكاء اهـ **قوله**: (**نموذجاً**) والنموذج بالفتح، الأُنموذج بالضم تعريب نموده وهو أن يعلم بهذا المقدار لذة ما وعد له في الآخرة منه ويرغب في سبب يوصله إليه اهـ **قوله**: (**إذ هما لا يلبسان**) أي وإنما يتخذ منهما الكرسي ونحوه فلا

---

(١) أخرجه البخاري في الاستئذان (٦٢٣٥)، ومسلم في اللباس والزينة (٢٠٧٨)، والترمذي في اللباس (١٧٦٠)، والنسائي في الزينة (٥٣٧٦).

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/٢٢٧) وقال غريب جداً.

اللّه عنهم كانوا يلبسون الخز وهو اسم للمسدّي بالحرير، ولأن الثوب لا يصير ثوباً إلا بالنسج، والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة **أو نقول**: لا يكون ثوباً إلا بهما فتكون العلة ذات وجهين فيعتبر آخرهما وهو اللحمة، **ولأن اللحمة هي التي تظهر** في المنظر فيكون العبرة لما يظهر دون ما يخفي.

قال رحمه اللّه: (وعكسه حل في الحرب فقط) أراد به عكس المذكور وهو أن تكون لحمته حريراً وسداه غيره، وهو لا يجوز إلا في الحرب فقط لما ذكرنا أن العبرة للحمة، غير أن في الحرب ضرورة، ولا يجوز لبس الحرير الخالص في الحرب عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وعندهما يجوز لما روي أنه عليه الصلاة والسلام «رخص لبس الحرير والديباج في الحرب»[1]، ولأن فيه ضرورة فإن الخالص منه أدفع **لمعرّة السلاح** وأهيب في عين العدوّ لبريقه، ولأبي حنيفة رحمه اللّه إطلاق النصوص الواردة في النهي عن لبس الحرير لأنه لا تفصيل فيها بين حال وحال والضرورة اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير فلا حاجة إلى الخالص منه، فحاصله أنه ثلاثة أنواع إما حرير خالص، أو مخلوط وهو نوعان إما أن يكون الحرير سدى، أو لحمة، وقد ذكرنا حكم كل واحد منهما بتوفيق اللّه تعالى، وقال أبو يوسف رحمه اللّه: أكره ثوب **القز** يكون بين الظهارة والبطانة ولا أرى بحشو القز بأساً لأن الحشو غير ملبوس فلا يكون ثوباً.

يكون الجلوس على الكرسي أنموذجاً إلى الكامل في الآخرة، قوله: فلا يكون أي الكرسي في الدنيا اهـ **قوله في المتن**: (**ولبس ما سداه حرير**) قال في المصباح: السدى وزان الحصى من الثوب خلاف اللحمة وهو ما يمدّ طولاً في النسج اهـ **قوله في المتن**: (**ولحمته قطن**) قال في المغرب: والملحم من الثياب ما سداه إبريسم ولحمته غير إبريسم ومنه الولاء لحمة كلحمة النسب، أي تشابك ووصلة كوصلته اهـ قال في المصباح: ولحمة الثوب ما ينسج عرضاً بالفتح والضم لغة، وقال الكسائي: بالفتح لا غير واقتصر عليه ثعلب واللحمة بالضم القرابة والفتح لغة اهـ **قوله**: (**الخز**) الخز بفتح الخاء المعجمة وتشديد الزاي وهو اسم دابة ثم سمي المتخذ من وبره خزاً اهـ عيني. **قوله**: (**أو نقول**) قال الإتقاني: ولأن الثوب إنما يصير ثوباً بالنسج وهو تركيب السدى باللحمة فكان صيرورته ثوباً مضافاً إلى اللحمة، لأن الشيء إذا تعلق وجوده بعلة ذات وصفين يضاف إلى آخرهما وجوداً فهذه النكتة تقتضي إباحة العتابي ونحوه اهـ **قوله**: (**ولأن اللحمة هي التي تظهر**) قال الإتقاني: وهذه النكتة تقتضي أن السدى لو كان ظاهراً كالعتابي يكره لبسه اهـ **قوله**: (**لمعرّة السلاح**) أي شدته اهـ **قوله**: (**القز**) القز معرّب قال الليث: هو ما يعمل منه الإبريسم ولهذا قال بعضهم: القز

---

(١) لم أعثر عليه.

قال رحمه الله: (ولا يتحلى الرجل بالذهب والفضة إلا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة) لما روينا غير أن الخاتم والمنطقة وحلية السيف **من الفضة** مستثنى تحقيقاً لمعنى النموذج، والفضة أغنت عن الذهب لأنهما من جنس واحد، وقد ورد آثار في جواز التختم بالفضة وكان للنبي ﷺ خاتم فضة وكان في يده إلى أن توفي ثم في يد أبي بكر إلى أن توفي ثم في يد عمر إلى أن توفي ثم في يد عثمان إلى أن **وقع من يده في البئر** فأنفق في طلبه مالاً عظيماً فلم يجده ووقع الخلاف فيه والتشويش بينهم من ذلك الوقت إلى أن استشهد رضي الله عنه ولا يتختم بغير الفضة كالحجر والحديد والصفر لما روي أنه عليه الصلاة والسلام «رأى على رجل خاتم صفر فقال: مالي أجد منك رائحة الأصنام»[١]. ورأى على آخر خاتم حديد فقال: «مالي أرى عليك حلية أهل النار»[٢]. وروي «عن ابن عمر أن رجلاً جلس إلى النبي ﷺ وعليه خاتم ذهب فأعرض عنه فقام ثم عاد وعليه خاتم حديد فقال عليه الصلاة والسلام: هذا شر منه هذه حلية أهل النار»[٣]. **ومن الناس** من أطلق التختم بحجر يقال له: يشب لأنه ليس بحجر إذ ليس له ثقل الحجر والتختم بالذهب حرام لما

والإبريسم مثل الحنطة والدقيق اهـ مصباح. **قوله: (من الفضة)** قيد للمذكور جميعه اهـ عيني. **قوله: (وقع من يده في البئر)** في بئر أريس اهـ غاية. **قوله: (ومن الناس الخ)** قال محمد: في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة قال: لا يتختم إلا بالفضة، وكان لا يرى بأساً بالفص يكون فيه الحجر فيه مسمار ذهب إلى لفظ أصل الجامع الصغير وهي من الخواص، وهذا نص على أن التختم بالحجر الذي يقال له يشب حرام لأنه أطلق النهي حيث قال: لا يتختم إلا بالفضة، ومن الناس من أباح التختم بذلك لأن النهي ورد عن التختم بالذهب والحرير والصفر وليس هو من جملتها، وقال شمس الأئمة في شرح الجامع الصغير: ثم لظاهر لفظ الكتاب كره بعض مشايخنا التختم باليشب، والأصح أنه لا بأس بذلك، وإن مراده كراهة التختم بالذهب والحرير على ما ورد به الأثر أنه زي أهل النار، فأما اليشب ونحوه فلا بأس بالتختم به كالعقيق فقد ورد الأثر أن النبي ﷺ كان يتختم بالعقيق إلى هنا لفظ شمس الأئمة اهـ إتقاني. (فرع) نقل صاحب الأجناس لا بأس للرجل أن يتخذ خاتماً من فضة فصه منه، وإن جعل فصه من جزع أو عقيق أو فيروزج أو ياقوت أو زمرد فلا بأس وإن نقش عليه اسمه واسم أبيه أو ما بدا له من ذكر الله كقوله: ربي الله أو نعم القادر الله

---

(١) أخرجه الترمذي في اللباس (١٧٨٥)، والنسائي في الزينة (٥١٩٥)، وأبو داود في الخاتم (٤٢٢٣).

(٢) هو جزء من الحديث المتقدم.

(٣) تقدم تخريجه.

روينا، وعن علي رضي اللّه عنه أنه عليه الصلاة والسلام «نهى عن التختم بالذهب»(١)، ولأن الأصل فيه التحريم والإباحة ضرورة التختم، والنموذج وقد اندفعت بالأدنى وهي الفضة والحلقة هي المعتبرة لأن قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز من الحجر ويجعل الفص إلى باطن كفه بخلاف المرأة، لأنه للزينة في حقها، والأولى أن لا يتختم إذا كان لا يحتاج إليه، وإن كان يحتاج إليه كالقاضي والسلطان يختم به إذا كان من فضة، ولا بأس بمسمار الذهب يجعل في حجر الفص أي في ثقبه لأنه تابع كالعلم فلا يعدّ لابساً له ولا يزيد وزنه على مثقال لقوله عليه الصلاة والسلام: «اتخذه من الورق ولا تزده على مثقال»(٢).

قال رحمه اللّه: (**والأفضل لغير السلطان** والقاضي ترك التختم، وحرم التختم بالحجر والحديد والصفر والذهب وحل مسمار الذهب يجعل في حجر الفص) وقد بينا جميع ذلك.

قال رحمه اللّه: (وشدّ السن بالفضة) أي يحل شدّ السن المتحرك بالفضة ولا يحل بالذهب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، **وقال محمد** رحمه اللّه: يحل بالذهب أيضاً وهو رواية عنهما لما روي أن «عرفجة بن سعد أصيب أنفه يوم **كلاب** فاتخذ أنفاً من فضة فأنتن/ فأمره النبي ﷺ أن يتخذ أنفاً من ذهب»(٣)، ولأن الفضة [١٨٨/أ/٢] والذهب من جنس واحد والأصل الحرمة فيهما فإذا حل التضبيب بأحدهما حل

فلا بأس اهـ إتقاني. (فرع آخر) قال العيني: وفي الأجناس ويلبس خاتمه في خنصره اليسرى ولا يلبسه في اليمنى، ولا في غير خنصره اليسرى من أصابعه، وقال الإتقاني: وسوى الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير بين اليمين واليسار وهو الحق لأنه اختلفت الروايات عن رسول اللّه ﷺ في ذلك اهـ **قوله في المتن: (والأفضل لغير السلطان إلخ)** قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير: ثم التختم إنما يكون سنة إذا كانت له حاجة إلى التختم بأن كان سلطاناً أو قاضياً، أما إذا لم يكن محتاجاً إلى التختم فالترك أفضل اهـ غاية. **قوله: (وقال محمد: إلخ)** والشيخ أبو جعفر الطحاوي أخذ بقول محمد في شرح الآثار اهـ غاية. **قوله: (كلاب)** قال الإتقاني: بالكاف وتخفيف اللام اسم واد بين الكوفة والبصرة كانت به وقعة عظيمة للعرب في حديثها طول وللعرب فيها أشعار اهـ قال في المصباح: والكلاب وزان غراب ماء لبني تميم وكان به وقعة مشهورة بين العرب قبل المبعث بخمس

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده من حديث عبد اللّه بن عمر (٦٣٧٧).

(٢) لم أعثر عليه.

(٣) أخرجه الترمذي في اللباس (١٧٧٠)، والنسائي في الزينة (٥١٦١)، وأبو داود في الخاتم (٤٢٣٢).

بالآخر ووجه المذكور هنا أن استعمالهما حرام إلا للضرورة وقد زالت بالأدنى وهو الفضة فلا حاجة إلى الأعلى فبقي على الأصل وهو الحرمة، والضرورة فيما روي لم تندفع بالفضة حيث أنتنت ولأن كلامنا في السن، والمروي في الأنف فلا يلزم من عدم الإغناء في الأنف عدم الإغناء في السن، ألا ترى أن التختم جاز لأجل الختم ثم لما وقع الاستغناء بالأدنى لا يصار إلى الأعلى، ولا يجوز قياسه على الأنف فكذا هنا، ويحتمل أنه عليه الصلاة والسلام خص عرفجة بذلك كما خص الزبير بن العوّام وعبد الرحمن بن عوف بلبس الحرير لأجل الحكة في جسمهما.

قال رحمه الله: (**وكره** إلباس ذهب وحرير صبياً) لأن التحريم لما ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الإلباس أيضاً كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها الصبي، وكذا الميتة والدم.

قال رحمه الله: (لا الخرقة لوضوء ومخاط والرتم) أي لا تكره الخرقة لوضوء ولا الرتم وفي الجامع الصغير يكره حمل الخرقة التي يمسح بها العرق لأنها بدعة محدثة وتشبه بزي الأعاجم، ولم يكن النبي ﷺ يفعل ذلك ولا أحد من الصحابة ولا من التابعين وإنما كانوا يمسحون بأطراف أرديتهم وفيها نوع تجبر وتكبر والصحيح أنها لا تكره، ولا الرتم **لأن المسلمين** قد استعملوا في عامة البلدان مناديل الوضوء والخرق لمسح المخاط والعرق وحمل شيء يحتاج إليه ومارآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن حتى لو حملها من غير حاجة يكره، كالتربع والاتكاء فإنهما لا يكرهان إذا كانا لحاجة ويكرهان من غير حاجة، والرتم هي الرتيمة وهي خيط التذكر يعقد في الإصبع وكذلك الرتمة قال الشاعر:

إذا لم تكن حاجتنا في نفوسكم فليس بمغن عنك عقد الرتائم[1]

وقيل: الرتم ضرب من الشجر وأنشد ابن السكيت:

هل ينفعنك اليوم إن عمت بهم كثرة ما توصي **وتعقاد الرتم**

وقال: معناه أن الرجل كان إذا خرج إلى سفر عمد إلى هذا الشجر فشدّ بعض

سنين وهو عن اليمامة ستة أميال اهـ **قوله في المتن**: (**وكره إلخ**) وعند الثلاثة لا يكره اهـ ع **قوله**: (**لأن المسلمين إلخ**) قال فخر الإسلام: وحاصله أن من فعل شيئاً من ذلك تكبراً فهو مكروه، وبدعة ومن فعل لحاجة وضرورة لم يكره ونظيره التربع في الجلوس، والاتكاء قد يفعله الرجل نخوة وتكبراً، وقد يفعله الرجل للضرورة والحاجة فلا يكره اهـ إتقاني. **قوله**: (**وتعقاد الرتم**) والتعقاد مصدر بمعنى العقد على وزن التفعال كالتلعاب والتهذار، والبيت

---

(١) البيت من الطويل وهو بلا نسبة في لسان العرب والدرر. اهـ شواهد اللغة العربية (٧/٢٦٧).

أغصانه ببعض فإذا رجع وأصابه على تلك الحالة قال: لم تخني امرأتي، وإذا أصابه قد انحل قال: خانتني هكذا المروي عن الثقات إلا أن الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة، كذا في المغرب ثم الرتيمة قد تشتبه بالتميمة على بعض الناس وهي خيط كان يربط في العنق أو في اليد في الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم على زعمهم وهو منهي عنه، وذكر في حدود الإيمان أنه كفر والرتيمة مباح لأنها تربط للتذكر عند النسيان وليست كالتميمة، وقد روي أنه عليه الصلاة والسلام أمر بعض أصحابه بها وتعلق بها غرض صحيح فلا يكره بخلاف التميمة، فإنه عليه الصلاة والسلام قال فيها: «إن الرقى **والتمائم** والتولة شرك»[1]، على ما يجيء بيانه، وتأويل الرقى في آخر هذا الكتاب عند ذكر التداوي بالحقنة إن شاء الله تعالى.

فصل في النظر و المس

قال رحمه الله: (لا ينظر إلى غير وجه الحرة وكفيها) وهذا كلام فيه خلل لأنه يؤدي إلى أنه لا ينظر إلى شيء من الأشياء إلا إلى وجه الحرة وكفيها فيكون تحريضاً على النظر إلى هذين العضوين وإلى ترك النظر إلى كل شيء سواهما، وليس هذا بمقصود في هذه المسألة وإنما المقصود فيها أنه يجوز النظر إلى هذين العضوين **لا أنه لا يكفهما**، وإنما جاز النظر إليهما لقوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهنّ إلا ما ظهر منها﴾ [النور: ٣١]، قال علي وابن عباس رضي الله عنهم: ما ظهر منها الكحل والخاتم **والمراد به موضعهما** وهو الوجه والكف كما أن المراد بالصلاة في قوله تعالى: ﴿لا تقربوا الصلاة

برواية لثقات من أهل اللغة هل ينفعنك بلفظ هل وهو القياس بكلام العرب والفقهاء رووه في كتبهم لا ينفعنك بحرف النفي، وليس ذلك بقياس لأن حرف التوكيد لا يدخل في النفي إلا نادراً في الشعر، وقوله: عممت بتاء التأنيث وهي رواية الثقات. وروى بعضهم همت بتاء الخطاب لمذكر على حذف إحدى الميمين وذلك ضعيف وجعله من قبيل قوله:

أحسن به فهنّ إليه شوس

اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله**: **(والتمائم)** التمائم جمع تميمة وهي خرزات كانت العرب تعلقها على أولادهم يتقون بها العين في زعمهم فأبطله الإسلام، والحديث الآخر من علق تميمة فلا أتم الله له كأنهم يعتقدون أنها تمام الدواء والشفاء، وإنما جعلها شركًا لأنهم أرادوا بها دفع المقادير المكتوبة عليهم وطلبوا دفع الأذى من غير الله الذي هو دافعه اهـ ابن الأثير.

---

(١) أخرجه أبو داود في الطب (٣٨٨٣)، وابن ماجه في الطب (٣٥٣٠)، وأحمد في مسنده (٣٦٠٤).

وأنتم سكارى﴾ [النساء:٤٣] مواضعها ولأن في ابدائهما ضرورة لحاجتها إلى المعاملة مع الرجال والإعطاء وغير ذلك من المخالطة فيها ضرورة كالمشي في الطريق ونحو ذلك، والأصل أن لا يجوز النظر إلى المرأة لما فيه من خوف الفتنة، ولهذا قال عليه الصلاة والسلام: «المرأة عورة مستورة»[1] إلا ما استثناه/ الشرع وهما العضوان [١٨٨ ب/٣] وهذا يفيد أن القدم لا يجوز له النظر إليه، وعن أبي حنيفة أنه يجوز لأن في تغطيته بعض الحرج،وعن أبي يوسف رحمه اللّه أنه يباح النظر إلى ذراعها أيضاً لأنه يبدو منها عادة، وما عدا ما استثنى من الأعضاء لا يجوز له أن ينظر إليه لقوله عليه الصلاة والسلام: «من نظر إلى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صب في عينه الآنك يوم القيامة»[2] قالوا: ولا بأس بالتأمل في جسدها وعليها ثياب ما لم يكن ثوب يبين حجمها فيه فلا ينظر إليه حينئذٍ «لقوله عليه الصلاة والسلام: من تأمل خلق امرأة وراء ثيابها حتى تبين له حجم عظامها **لم يرح رائحة الجنة**»[3]. ولأنه متى لم تصف ثيابها ما تحتها من جسدها يكون ناظراً إلى ثيابها وقامتها دون أعضائها فصار كما إذا نظر إلى خيمة فيها امرأة، ومتى كان يصف يكون ناظراً إلى أعضائها.

قال رحمه اللّه: (ولا ينظر من اشتهى إلى وجهها إلا الحاكم والشاهد وينظر الطبيب إلى موضع مرضها) والأصل فيه أنه لا يجوز أن ينظر إلى وجه امرأة أجنبية مع الشهوة لما روينا إلا للضرورة إذا تيقن بالشهوة أو شك فيها، وفي نظر القاضي إذا أراد

فصل في النظر والمس

قوله: (لا إنه لا يكفهما) قلت: معنى كلامه لا ينبغي له أن ينظر من أعضاء الحرّة إلى غير وجهها وكفيها، والمقصود نفي جواز النظر إلى غير الوجه والكفين والدلالة على جواز النظر إلى هذه الأعضاء وليس فيه ما يدل عى التحريض على النظر إلى هذه الأعضاء، ولا يدل التركيب عليه فافهم اهـ عيني. **قوله: (والمراد به مواضعها)** قال الإتقاني: وذكر الزينة وأراد موضعها للمبالغة في الستر اهـ **قوله: (وهذا يفيد إلخ)** قال الإتقاني: وعن أصحابنا روايتان في القدم ففي ظاهر الرواية لا يحل النظر إليها ولا يباح النظر إلى غير الوجه والكف وقال الكرخي: في مختصره قال ابن شجاع: عن الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز النظر إلى وجهها وكفيها وقدميها اهـ **قوله: (لم يرح رائحة الجنة)** ضبطه الشارح بالقلم بضم الياء وكسر الراء. قال ابن الأثير: وفيه من قتل نفساً معاهدة لم يرح رائحة الجنة، أي لم يشم ريحها يقال: راح يريح وراح يراح وأراح يريح إذا وجد رائحة الشيء والثلاثة قد روي بها

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (١/٢٩٨).

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/٢٣٩).

(٣) لم أعثر عليه.

أن يحكم عليها أو الشاهد إذا أراد أداء الشهادة، وفي نظر الطبيب إلى موضع المرض ضرورة فيرخص لهم إحياء لحقوق الناس، ودفعاً لحاجتهم فصار كنظر الختان والخافضة وكذا ينظر إلى موضع الاحتقان للمرض لأنه مداواة، وكذا للهزال الفاحش **لأنه أمارة المرض**، ويجب على الشاهد والقاضي أن يقصد أداء الشهادة والحكم لا قضاء الشهوة **تحرّزاً عن القبيح بقدر الإمكان** هذا وقت الأداء، وأما وقت التحمل فلا يجوز له أن ينظر إليها مع الشهوة لأنه يوجد من لا يشتهي فلا حاجة إليه، وينبغي للطبيب أن يعلم امرأة إن أمكن لأن نظر الجنس أخف، وإن لم يمكن ستر كل عضو منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره عن غير ذلك الموضع ما استطاع لأن ما ثبت للضرورة يتقدّر بقدرها ولو أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس أن ينظر إليها، وإن خاف أن يشتهيها لقوله عليه الصلاة والسلام لمغيرة بن شعبة حين خطب امرأة: «انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما»[1] رواه الترمذي والنسائي وغيرهما، ولأن مقصوده إقامة السنة لا قضاء الشهوة ولا يجوز له أن يمس وجهها ولا كفيها وإن أمن الشهوة لوجود المحرّم وانعدام الضرورة والبلوى، وقال عليه الصلاة والسلام: «من مس كف امرأة **ليس منها بسبيل** وضع على كفه جمر يوم القيامة»[2]، وهذا إذا كانت شابة تشتهى، وأما إذا كانت عجوزاً لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة، وقد روي أن أبا بكر رضي اللّه عنه «كان يدخل على بعض القبائل التي كان مسترضعاً فيهم وكان يصافح العجائز»[3] وعبد اللّه بن الزبير رضي اللّه عنه «استأجر عجوزاً **لتمرّضه** وكانت تكبس رجليه **وتفلي رأسه**»، وكذا إذا كان شيخاً يأمن على

الحديث اهـ **قوله: (لأنه أمارة المرض)** أي لأن آخره الدق والسل اهـ **قوله: (تحرّزاً عن القبيح بقدر الإمكان)** قال الإتقاني: وأما الإشهاد والقضاء فلأن الإشهاد لا يصح مع جهالة الوجه والقضاء كذلك، فكان فيهما الضرورة وللضرورة الماسة أثر إباحة المحرم كضرورة المخمصة يباح بها تناول الميتة بخلاف صورة المعاملة لأن المعاملة مع المجهولة الوجه جائزة فلم يكن فيه ضرورة ماسة وفيه حرج فأبحنا النظر من غير شهوة للمعاملة ولم يبح حال الشهوة، وأما حال إرادة النكاح والشراء فلأن النظر بشهوة ما حرم لعينه، وإنما حرم لأنه يصير سبباً للوقوع في الزنا والنظر عند إرادة النكاح والشراء يصير سبباً للوطء الحلال لا للزنا اهـ **قوله: (ليس منها بسبيل)** أي ليس بمحرم منها اهـ **قوله: (لتمرضه)** يقال: مرّضه أي قام عليه في مرضه اهـ إتقاني. **قوله: (وتفلي رأسه)** من باب رمى اهـ قال في المصباح: فليت

---

(١) أخرجه الترمذي في النكاح (١٠٨٧)، والنسائي في النكاح (٣٢٣٥).
(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤ / ٢٤٠) وقال غريب.
(٣) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤ / ٢٤٠) وقال غريب.

نفسه وعليها، وإن كان لا يأمن عليها أو على نفسه لا يحل له مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة، فحاصله أنه يشترط لجواز المس أن يكونا كبيرين مأمونين في رواية، وفي رواية يكتفي بأن يكون أحدهما كبيراً مأموناً لأن أحدهما إذا كان لا يشتهي لا يكون المس سبباً للوقوع في الفتنة كالصغيرة، ووجه الأولى أن الشاب إذا كان لا يشتهي بمس العجوز فالعجوز تشتهي بمس الشاب لأنها علمت بملاذ الجماع فيؤدي إلى الاشتهاء من أحد الجانبين وهو حرام، بخلاف ما إذا كان أحدهما صغيراً لأنه لا يؤدي إلى الاشتهاء من الجانبين لأن الكبير كما لا يشتهي بمس الصغير لا يشتهي الصغير أيضاً بمسه لعدم العلم، ولهذا لو مات صغير أو صغيرة يغسله الرجل و المرأة ما لم يبلغ حد الشهوة.

قال رحمه اللّه: (وينظر الرجل إلى الرجل إلا العورة) وهي ما بين السرة والركبة / [١٨٩/أ/٣] والسرة ليست من العورة والركبة عورة، وإنما لم يبين الشيخ رحمه اللّه العورة هنا لأنه بينها في كتاب الصلاة واكتفى بذلك، وقد بينا الدليل هناك ثم حكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف منه في السوءة حتى ينكر عليه في كشف الركبة **برفق، وفي الفخذ بعنف**، وفي السوءة بضرب إن لج.

قال رحمه اللّه: (والمرأة للمرأة والرجل كالرجل للرجل) ومعناه المرأة والرجل للمرأة كالرجل للرجل أي نظر المرأة إلى المرأة والرجل كنظر الرجل إلى الرجل حتى يجوز للمرأة أن تنظر منهما إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل إذا أمنت الشهوة والفتنة، لأن ما ليس بعورة لا يختلف فيه النساء والرجال فكان لها أن تنظر منه ما ليس بعورة، وإن كان في قلبها شهوة أو في أكبر رأيها أنه تشتهي أو شكت في ذلك يستحب لها أن تغض بصرها، ولو كان الرجل هو الناظر إلى ما يجوز له منها كالوجه والكف لا ينظر إليه حتماً مع الخوف لأنه يحرم عليه، **ووجه الفرق بين نظرها ونظره** أن الشهوة عليهن غالبة وهي كالمتحقق حكماً، فإذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة من الجانبين، وإذا اشتهت هي لم يوجد إلا منها فكانت من جانب واحد والموجود من الجانبين أقوى في الإفضاء إلى الوقوع، وإنما كان للمرأة أن تنظر من المرأة إلى ما جاز للرجل أن ينظر إليه من الرجل للمجانسة وانعدام الشهوة غالباً

رأسي فلياً من باب رمي نقيته من القمل اهـ **قوله: (برفق)** ولا ينازعه إن لج اهـ إتقاني. **قوله: (وفي الفخذ بعنف)** ولا يضربه إن لج اهـ إتقاني. **قوله: (ووجه الفرق بين نظرها ونظره)** حيث كان نظر الرجل حراماًوغض بصرها مستحباً اهـ إتقاني. **قوله: (أن ينظر من الرجل)** أي لأن المرأة تحتاج إلى دخول الحمام وإلى أن تعمل في بيتها متجرّدة والنساء تدخل عليها فلو

كما في نظر الرجل إلى الرجل، وكذا الضرورة قد تحققت فيما بينهن، وعن أبي حنيفة رحمه الله أن نظر المرأة إلى المرأة كنظر الرجل إلى محارمه فلا يجوز لها أن تنظر من المرأة إلى الظهر والبطن في هذه الرواية بخلاف نظرها إلى الرجل، **لأن الرجال يحتاجون** إلى زيادة الانكشاف وفي الرواية الأولى يجوز وهي الأصح، وما جاز للرجل أن ينظر إليه من الرجل جاز مسه لأنه ليس بعورة ولا يخاف منه الفتنة.

قال رحمه الله: (وينظر الرجل إلى فرج أمته وزوجته) معناه عن شهوة وغير شهوة لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال: «غضَّ بصرك إلا عن زوجك وأمتك»[١]. وقالت عائشة رضي الله عنها: كنت أغتسل أنا ورسول الله ﷺ من إناء واحد ولو لم يكن النظر مباحاً لما تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه، ولأن ما فوق النظر وهو المس والغشيان مباح فالنظر أولى **إلا أن الأولى أن لا ينظر** كل واحد منهما إلى عورة صاحبه لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد البعير»[٢] ولأن النظر إلى العورة يورث النسيان، قال علي رضي الله عنه: «من أكثر النظر إلى سوءته عوقب بالنسيان»[٣] فكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول: «الأولى أن ينظر إلى فرج امرأته وقت الوقاع ليكون أبلغ في تحصيل معنى اللذة»، وعن أبي يوسف رحمه الله في الأمالي أنه قال: سألت أبا حنيفة عن الرجل يمس فرج امرأته أو تمس هي فرجه ليتحرك عليه هل ترى بذلك بأساً قال: لا إني لأرجو أن يعظم الأجر، والمراد بالأمة هنا هي التي يحل له وطؤها، وأما إذا كانت لا تحل له كأمته المجوسية أو المشركة أو كانت أمه أو أخته من الرضاع أو أم امرأته أو بنتها فلا يحل له النظر إلى فرجها.

قال رحمه الله: (ووجه محرمه ورأسها وصدرها وساقها وعضدها الا إلى ظهرها

لم نجوّز النظر أدّى ذلك إلى تضييق الأمر على الناس، فقلنا: بالجواز ولأن المرأة لا تشتهي المرأة غالباً كما لا يشتهي الرجل الرجل فإذا جاز النظر إلى الرجل كذلك يجوز للمرأة النظر إلى المرأة لانعدام الشهوة غالباً ووجود المجانسة كما في نظر الرجل للرجل اهـ إتقاني. **قوله: (لأن الرجال يحتاجون إلخ)** لأن الرجل قد يعمل متجرّداً عند الحاجة ويغلب ذلك فلو لم تجوّز لها النظر إليه لضاق الأمر على الناس في ذلك اهـ إتقاني. **قوله: (إلا أن الأولى أن لا ينظر)** أي لما روي عن عائشة رضي الله عنها «قبض رسول الله ﷺ ولم ير مني ولم أر منه». وهذا من مكارم الأخلاق فلا يدل على تحريم النظر لما قلنا اهـ غاية. **قوله: (والعضد**

---

(٤) ذكره ابن ماجه في النكاح باب التستر عند الجماع (١٩٢٠).

(٥) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٤٦).

(٦) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٤٦).

وبطنها وفخذها) أي يجوز أن ينظر إلى وجه محرمه إلى آخر ما ذكر، ولا يجوز إلى ظهرها إلخ، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن أو آبائهن﴾ الآية [النور: ٣١]، ولم يرد به نفس الزينة لأن النظر إلى عين الزينة مباح مطلقاً، ولكن المراد موضع الزينة فالرأس موضع التاج والشعر، والوجه موضع الكحل، والعنق والصدر موضعا القلادة، والأذن موضع القرط، **والعضد موضع الدملوج**، والساعد موضع السوار، والكف موضع الخاتم والخضاب، والساق موضع الخلخال، والقدم موضع الخضاب، بخلاف الظهر والبطن والفخذ لأنها ليست بمواضع الزينة، ولأن البعض يدخل على البعض من غير استئذان ولا احتشام والمرأة تكون في بيتها بثياب مهنتها عادة ولا تكون مستترة فلو أمرت بالستر عن محارمها لحرجت / حرجاً عظيماً، ولأن الحرمة المؤبدة تقلل الرغبة والشهوة فيها بل تعدمه بخلاف الأجانب، والمحرم من لا يحل له نكاحها على التأبيد بنسب أو سبب كالرضاع والمصاهرة وإن كان بزنا، وقيل: إذا كانت المصاهرة بالزنا لا يجوز له أن ينظر إلا إلى وجهها وكفها كالأجنبية لأن ثبوت الحرمة فيه بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق النعمة فلا يظهر في حق سقوط حرمة النظر فيبقى حراماً على ما كان ولأن خيانته قد ظهرت مرة فلا يؤتمن، ولأن فيه إظهار الفاحشة بأن يقال: هي بنت من زنى بها أو أمها والستر واجب وهو بالحرمة والحرج أيضاً منتف لعدم المخالطة عادة بسبب السفاح، والأوّل أصح اعتباراً للحقيقة **لأنها محرمة عليه على التأبيد** ولا نسلم أن الحرمة بطريق العقوبة بل بطريق الاحتياط في باب الحرمات، وقال الشافعي: يجوز للرجل أن ينظر إلى ظهر محارمه وبطنها فجعل حالها كحال الجنس في النظر، قلنا: لو كان الأمر كما زعم لما ثبت حكم الظهار أصلاً لأن صورة الظهار أن يقول لامرأته: أنت عليّ كظهر أمي فلو لم يكن ظهرها محرّماً عليه لما وقع تشبيهاً بالمحرم فلم يكن منكراً من القول وزوراً فلم يثبت به حكم الظهار.

[١٨٩ ب/٣]

قال رحمه الله: (ويمس ما حل النظر إليه) أي من محارمه أو من الرجل لا من الأجنبية لتحقق الحاجة إلى ذلك في المسافرة والمخالطة، وكان عليه الصلاة والسلام «يقبل رأس فاطمة ويقول: أجد منها ريح الجنة، وكان إذا قدم من سفر بدأ بها فقبلها وعانقها»[1]. وقال: «من قبل رجل أمه فكأنما قبل عتبة الجنة»[2]. ولا بأس بالخلوة

موضع الدملوج) الدملوج وزان عصفور معروف والدملج مقصور منه اهـ مصباح. **قوله**:

---

(١) ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد بنحوه (٨/ ٤٢).
(٢) لم أعثر عليه.

معها لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يخلونّ رجل بامرأة ليس منها بسبيل فإن ثالثهما الشيطان»[١]. والمراد إذا لم تكن محرماً لأن المحرم بسبيل منها إلا إذا خاف عليها أو على نفسه الشهوة فحينئذٍ لا يمسها ولا ينظر إليها ولا يخلو بها لقوله عليه الصلاة والسلام: «العينان تزنيان وزناهما النظر، واليدان تزنيان وزناهما البطش، والرجلان تزنيان وزناهما المشي والفرج يصدّق ذلك كله أو يكذبه»[٢]، فكان في كل واحد منها نوع زنا، والزنا محرم بجميع أنواعه وحرمة الزنا بالمحارم أشدّ وأغلظ فيجتنب الكل، ولا بأس بالمسافرة بهن لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها إلا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها»[٣]، وإن احتاجت إلى الإركاب والإنزال فلا بأس بأن يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتها إذا أمنا الشهوة، وإذا خافها عليها أو على نفسه أو ظناً أو شكاً فليجتنب ذلك بجهده ثم إن أمكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك أصلاً، وإن لم يمكنها تتلفف بالثياب كيلا تصل حرارة عضوها إلى عضوه، وإن لم يجد الثياب فليدفع عن نفسه الشهوة بقدر الإمكان.

قال رحمه الله: (**وأمة غيره** كمحرمه) لأنها تحتاج إلى الخروج لحوائج مولاها في ثياب مهنتها وحالها مع جميع الرجال كحال المرأة مع محارمها، وكان عمر رضي الله عنه إذا رأى أمة متقنعة **علاها بالدرة** وقال: ألق عنك الخمار يا دفار أتتشبهين

(لأنها محرمة عليه على التأبيد) أي فيباح له النظر والمس اهـ خان. **قوله في المتن: (وأمة غيره إلخ)** قال الولوالجي رحمه الله: والحكم في النظر والمس والحمل والإنزال مع أمة غيره كالحكم في النظر والمس مع المحارم، لأن الإماء ضرورة في إبداء مواضع زينتها الباطنة من الأجانب لأن الأمة إنما تشترى لأجل خدمة داخل البيت وخارج البيت فتكون متشمرة للأعمال متجرّدة داخل البيت، وخارج البيت فتكون مكشوفة في هذه المواضع داخل البيت وخارجه فلو حرم عليها إبداء هذه المواضع من الأجانب، وحرم على الأجانب النظر إليها لضاق الأمر على الناس وما ضاق أمره اتسع حكمه كما في المحارم، وكذا في المس ضرورة لأن أمة امرأة الرجل تحتاج أن تخدم زوج مولاتها وتغمز رجله، وكذا أمة الابن تحتاج أن تخدم أبا الابن فمست الضرورة إلى الإباحة ولا ينبغي أن يمس شيئاً لا يحل النظر إليه لا مكشوفاً ولا غير مكشوف، إلا أن يضطر إلى حملها والنزول بها فلا بأس حينئذٍ بأن

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٤٩).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه مسلم برقم (١٣٤٠) بلفظ «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر سفراً يكون فوق ثلاثة أيام...».

بالحرائر، ولا يجوز له أن ينظر إلى ظهرها وبطنها كالمحارم خلافاً لمحمد بن مقاتل فإنه يستدل بقول ابن عباس: من أراد أن يشتري جارية فلينظر إليها إلا موضع المئزر، قلنا: لا ضرورة إلى الظهر والبطن كما في حق المحارم بل أولى لكمال الشهوة فيها وقلتها في المحارم، ولأن ما ذهب إليه يؤدّي إلى أن النظر إلى ظهرها لا يجوز لابنها لصحة ظهاره من امرأته على الوجه الذي بيناه، ويجوز ذلك للأجنبي وهذا خلف.

قال رحمه اللّه: (وله مس ذلك إن أراد الشراء، وإن اشتهى) اي جاز له أن يمس كل موضع يجوز له أن ينظر إليه كالصدر والساق والذراع والرأس وتقليب شعره، وإن خاف الشهوة لأن هذه المواضع ليست بعورة فيجوز مسه من غير شهوة، كما يجوز النظر إليه إذا أمن الشهوة، وإن لم يأمن لا يجوز كالنظر إلا إذا أراد الشراء **فإنه يباح له النظر والمس للضرورة**/، وتحل الخلوة والمسافرة بها كما في ذوات المحارم، وعند بعض مشايخنا ليس له أن يعالجها في الإركاب والإنزال لأن معنى العورة وإن عدم بالسترة فمعنى الشهوة باقٍ، والأصح أنه لا بأس بذلك إذا أمن الشهوة على نفسه وعليها، لأن المولى قد يبعثها في حاجة من بلد إلى بلد ولا يجد محرماً يخرج معها وهي تحتاج إلى من يركبها وينزلها، ألا ترى أن أمة المرأة قد تكبس رجل زوجها وتخلو به ولم يمنع من ذلك أحد، وأم الولد والمدبرة والمكاتبة كالأمة لقيام الرق فيهنّ ووجود الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند أبي حنيفة لما عرف. [١٩٠ أ/٣]

قال رحمه اللّه: **(ولا تعرض الأمة إذا بلغت في إزار واحد)** والمراد بالإزار ما يستر ما بين السرة إلى الركبة لأن ظهرها وبطنها عورة فلا يجوز كشفهما والتي بلغت حدّ الشهوة فهي كالبالغة لا تعرض في إزار واحد، روي ذلك عن محمد رحمه اللّه لوجود الاشتهاء.

قال رحمه اللّه: (والخصي والمجبوب والمخنث كالفحل) لقوله تعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾ [النور: ٣]، وهم ذكور مؤمنون فيدخلون تحت هذا الخطاب وغيره من النصوص العامة وقالت عائشة رضي اللّه عنها: «الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراماً قبله»[١]، وهذا لأن الخصي ذكر يشتهي ويجامع وقيل: هو أشدّ جماعاً لأن آلته لا تفتر فصار كالفحل، وكذا المجبوب لأنه يشتهي ويسحق وينزل وحكمه كأحكام الرجال في كل شيء وقطع تلك الآلة كقطع عضو آخر منه فلا

يأخذ بطنها أو ظهرها كما في المحارم اهـ **قوله: (علاها بالدرّة)** أي ضرب علاوتها أي رأسها اهـ غاية. **قوله: (فإنه يباح له النظر والمس للضرورة)** قال فخر الإسلام: في شرح الجامع

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٥٠).

يبيح شيئاً كان حراماً، وإن كان المجبوب قد جف ماؤه فقد رخص له بعض أصحابنا رحمهم اللّه الاختلاط مع النساء لوقوع الأمن من الفتنة، وقال اللّه تعالى: ﴿أو التابعين غير أولي الاربة من الرجال﴾ [النور:٣١] فقيل: هو المجبوب الذي جف ماؤه، والأصح أنه لا يحل له لعموم النصوص، وكذا المخنث في الرديء من الأفعال لا يحل له بالاتفاق لأنه كغيره من الرجال بل هو من الفساق فيبعد عن النساء، وإن كان مخنثاً لتكسر ولين في أعضائه ولسانه ولا يشتهي النساء فقد رخص له بعض مشايخنا في الاختلاط بالنساء وهو أحد تأويل قوله تعالى: ﴿أو التابعين غير أولي الاربة﴾ [النور:٣١] وقيل الأبله الذي لا يدري ما يعمل بالنساء وإنما همه بطنه وهو شيخ كبير، والأصح أن الآية من المتشابه وقوله تعالى ﴿يغضوا من أبصارهم﴾ [النور: ٣٠] محكم فنأخذ به ونقول: كل من كان من الرجال لا يحل لهن أن يبدين زينتهن الباطنة بين يديه، ولا يحل له أن ينظر إليها إلا أن يكون صغيراً فحينئذ لا بأس بذلك لقوله تعالى: ﴿أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء﴾ النور:٣٠].

قال رحمه اللّه: (وعبدها كالأجنبي) أي عبد المرأة كالأجنبي من الرجال حتى لا يجوز لها أن تبدي من زينتها إلا ما يجوز أن تبديه للأجنبي، ولا يحل له أن ينظر من سيدته إلا ما يجوز أن ينظر إليه من الأجنبية، وقال مالك والشافعي رحمها اللّه: نظره إليها كنظر الرجل إلى محارمه لقوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾ [النور: ٣١] ولا يجوز حمله على الإناث لأنهن دخلن في قوله تعالى: ﴿أو نسائهن﴾ [النور: ٣١] ولأنه لا يشكل، لأن الأمة لها أن تنظر من سيدتها إلى ما تنظر إليه من الأجنبية ولو حمل عليها لا يفيد زيادة الجواز في حقها، وفي حق العبد يفيد فوجب حملها عليه، ولأن الجواز في المحارم لحاجة الدخول من غير استئذان وحشمة، وهذا المعنى متحقق بينهما فوجب أن يكون هو كالمحرم لها دفعاً للحرج بل هو محرم، ألا ترى أنه لا يجوز له أن يتزوجها ولنا أنه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة والحاجة قاصرة لأنه يعمل خارج البيت، والمراد بالنص الإماء دون العبيد، قال سعيد ابن جبير وسعيد بن المسيب والحسن: «لا تغرّنّكم سورة النور فإنها في الإناث لا في الذكور»[1]، ولا نسلم أن الموضع لا يشكل بل هو مشكل لأن المراد من/ قوله تعالى: [١٩٠ب/٣] ﴿أو نسائهن﴾ [النور: ٣١] الحرائر ولم تدخل الإماء فيها فبين حكمهن كما بين حكم الحرائر، لأنا لا نعرف الحكم إلا من الشارع وهنّ لم يذكرن في هذا المعنى إلا

الصغير، وذكر القدوري عن محمد أنه كره للشاب مس شيء من ذلك لأن بالنظر كفاية،

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٥١).

في هذه الآية فكانت بياناً لحكمهنّ، وكذا لا نسلم أنه محرم لها لأن حرمة النكاح بينهما مؤقتة فصارت كالمزوّجة بالغير أو أخت زوجته، ولهذا لا يجوز لها أن تسافر معه ولو كان محرماً لجاز.

قال رحمه اللّه: (ويعزل عن أمته بلا إذنها وعن زوجته بإذنها) لأنه عليه الصلاة والسلام «نهى عن العزل عن الحرة إلا بإذنها»[١] وقال لمولى أمة «اعزل عنها إن شئت»[٢] ولأن الحرة لها حق في الوطء حتى كان لها المطالبة به قضاء للشهوة وتحصيلاً للولد ولهذا تخير في الجب والعنة، ولا حق للأمة في الوطء والعزل يخل بما ذكرنا وهو المقصود بالنكاح فلا يملك تنقيص حق الحرة بغير إذنها، وينفرد به في حق الأمة **ولو كانت تحته أمة غيره فكذلك** عندهما حتى لا يكون له العزل إلا بإذنها لأنه تكميل لحقها، والوطء حق الزوجة ولهذا كان لها المطالبة به، وعند أبي حنيفة رحمه اللّه الإذن إلى مولاها وقد ذكرناه في النكاح واللّه أعلم.

فصل في الاستبراء وغيره

قال رحمه اللّه: (من ملك أمة حرم عليه وطؤها ولمسها والنظر إلى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) لقوله عليه الصلاة والسلام في سبايا **أوطاس**: «ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهنّ، ولا الحبالى حتى **يستبرأن** بحيضة»[٣] وهذا يفيد

ولم ير أبو حنيفة بذلك بأساً لضرورة العلم ببشرتها اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ولا تعرض الأمة إذا بلغت في إزار واحد)** يعني لا تعرض على البيع كذلك اهـ غاية. **قوله: (ولو كانت تحته أمة غيره فكذلك إلخ)** قال الإتقاني: فأما إذا كانت الأمة منكوحة فالإذن إلى المولى في قول علمائنا جميعاً بلا خلاف منهم في ظاهر الرواية، كذا ذكر محمد في الجامع الصغير، وفي كتاب الآثار أيضاً، وعن أبي يوسف ومحمد أن الإذن في العزل إليها لأن قضاء الشهوة حقها لا حق مولاها وجه الظاهر أن الولد حق المولى، لأنه يملكه فكان الإذن في العزل إليه كالحرة اهـ وكتب ما نصه: ذكر في بعض المواضع أنه يعزل عن زوجته بغير إذنها خوفاً من الولد السوء في هذا الزمان ذكره الولوالجي في آخر الكراهية اهـ **قوله: (فصل في الاستبراء وغيره)** وهو طلب براءة الرحم عن الحمل وهو نوعان مستحب، وهو أن البائع يستبرئها إذا أراد بيعها وواجب وهو على المشتري، وعند مالك يجب الاستبراء على البائع صيانة لمائه إذ يحتمل أنه علقت منه، ولنا أنها ملك البائع وحقه قائم في الوطء فلا يمنع منه وما قاله

---

(١) أخرجه ابن ماجه في النكاح (١٩٢٨)، وأحمد في مسنده (٢١٢).
(٢) أخرجه مسلم في النكاح (٣٤٣٩)، وأبو داود في النكاح (٢١٧٣).
(٣) تقدم تخريجه.

وجوب الاستبراء بسبب استحداث الملك واليد لأنه هو الموجود في هذه الصورة، وهذا لأن الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والأنساب عن الاشتباه والولد عن الهلاك، وذلك عند تحقق الشغل أو توهمه بماء محترم لأنه عند الاشتباه لا يدعي الولد فيهلك معنى إذ من لا نسب له هالك معنى أو لعدم من يربيه ويثقفه، **ويجب على المشتري لا على البائع** لأن العلة في الحقيقة هو إرادة الوطء، والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير أن الإرادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها، وهو التمكن من الوطء، والتمكن إنما يثبت بالملك واليد فانتصب سبباً وأدير الحكم عليه تيسيراً فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد، وتعدّى الحكم إلى سائر أسباب الملك **كالشراء والهبة والوصية** والميراث والخلع **والكتابة وغير ذلك حتى يجب على المشتري من مال الصبي** ومن المرأة **والمملوك وممن لا يحل له وطؤها** الاستبراء، وكذا إذا كانت المشتراة بكراً **لم توطأ لتحقق السبب**

من الصيانة يحصل باستبراء المشتري اهـ إتقاني. **قوله**: (**أوطاس**) موضع على ثلاث مراحل من مكة اهـ **قوله** : (**يستبرأن**) بالهمز لا غير اهـ إتقاني. **قوله**: (**ويجب على المشتري لا على البائع**) وقال النخعي والثوري والحسن البصري وابن سيرين: يجب على البائع والمشتري لأن الصيانة كما تجب على المشتري تجب على البائع، وقال البتي: يجب على البائع دون المشتري لأنه لصيانة ماء البائع فيجب عليه اهـ كي **قوله**: (**كالشراء والهبة والوصية**) أي والصدقة والقسمة والصلح عن دم العمد اهـ خان. **قوله**: (**والكتابة**) أي بأن كاتب عبده على جارية لا يحل للمولى وطء الجارية قبل الاستبراء اهـ **قوله**: (**وغير ذلك**) قال الإتقاني: كما إذا تصدق على الفقير بجارية يجب استبراء الفقير، وكذا إذا آجر داره إلى سنة على جارية لا يحل وطء المؤجر قبل الاستبراء اهـ وكتب ما نصه: كالدفع بالجناية. **قوله**: (**حتى يجب على المشتري من مال الصبي**) أي بأن باعها أبوه أو وصيه اهـ وكتب ما نصه قال الولوالجي: ولو اشتراها من امرأة أوصبي يجب الاستبراء إلا رواية عن أبي يوسف اهـ **قوله**: (**والمملوك**) أي يجب الاستبراء إذا اشترى الجارية من العبد المأذون و عليه دين مستغرق استحساناً بيانه فيما قال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي: وإن اشترى جارية من عبده المأذون فإنه ينظر إن لم يكن على العبد دين أو عليه دين غير مستغرق فليس عليه أن يستبرئها لأن ملك عبده له، وله أن يجتزئ بالحيضة التي حاضت عند العبد وإن كان العبد عليه دين مستغرق رقبته، وما في يده من الكسب فعليه أن يستبرئها في قول أبي حنيفة، وفي قولهما: لا يجب عليه الاستبراء لأن من أصل أبي حنيفة أن العبد إن كان عليه دين مستغرق فالمولى لا يملك أكسابه وعندهما يملك، ولو اشترى من مكاتبه فعليه الاستبراء لأنه لا يملك مكاسب مكاتبه، ولو اشترى من ابنه الصغير وجب عليه الاستبراء، كذا في

وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم لأن الحكمة وهي فراغ الرحم لا يمكن الاطلاع عليها لخفاء الشغل فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل، ولا يعتد بالحيضة التي اشتراها في أثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض **ولا بالولادة التي حصلت بعد الأسباب** قبل القبض **خلافاً لأبي يوسف** رحمه الله، لأن السبب استحداث الملك واليد، وقبل وجود الاثنين لا يعتدّ به إذ الحكم لا يسبق سببه، **وكذا لا يعتدّ بالحاصل** قبل الإجازة في بيع الفضولي **وإن كانت في يد المشتري**،

شرح الطحاوي اهـ إتقاني. **قوله**: (**وممن لا يحل له وطؤها**) أي كأخت البائع من الرضاع أو جارية ورثها من أبيه وأبوه استمتع بها اهـ **قوله**: (**لم توطأ لتحقيق السبب**) أي وهو استحداث ملك اليمين، وهذا ظاهر الرواية، قال في شرح الطحاوي: وروي عن أبي يوسف أنه قال: «لا استبراء في البكر» اهـ إتقاني. **قوله**: (**وإدارة الأحكام على الأسباب دون الحكم**) هي بكسر الحاء جمع حكمة، يعني أن العلة في وجوب الاستبراء استحداث ملك اليمين، واليد والحكمة تعرف براءة الرحم وقد وجدت العلة في هذه الصور أي في المشتراة من مال الصبي ومن المرأة، وفي المشتراة البكر فيثبت الحكم معها أيضاً وهو وجوب الاستبراء وإن لم توجد الحكمة لأن الصبي لا ماء له، والمرأة لا توطأ والبكر ليست بموطوءة لأن الحكم يدور مع العلة ولا يدور مع الحكمة فاعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل، وإن لم توجد حقيقة الشغل فإن قلت: كيف يتصوّر توهم الشغل في الصور الثلاث، قلت: يحتمل أن تكون جارية الصبي أو المرأة موطوءة بشبهة فيثبت النسب من الواطئ فيثبت توهم الشغل، وأما البكر فإن الرجل قد يجامعها فيسبق الماء فتحبل مع بقاء البكارة فيثبت توهم الشغل أيضاً بهذا الطريق، ولو اشتراها من امرأة أو صبي يجب الاستبراء إلا في رواية عن أبي يوسف ذكره الولوالجي في فتاواه اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولا بالولادة التي حصلت بعد الأسباب إلخ**) قال قاضيخان: وإن كانت حاملاً لا يطؤها حتى تضع حملها بعد القبض فإن وضعت حملها قبل القبض ثم قبضها كان عليه أن يستبرئها إذا خرجت من نفاسها اهـ **قوله**: (**خلافاً لأبي يوسف**) قال الإتقاني: وروي عن أبي يوسف أنه قال: يجتزأ بتلك الحيضة كذا في شرح الطحاوي اهـ (فرع) قال في الخلاصة: وفي الأصل علة وجوب الاستبراء استحداث حل الوطء بملك اليمين في فرج فارغ من جهة الغير، وشرطه توهم شغل الرحم والحكمة صيانة الولد رجل إذا اشترى جارية من امرأة أو صبي أو اشترى جارية هي بكر أو حرام على البائع برضاع أو مصاهرة، أو اشترى جزءاً من مائة جزء من الجارية أو يملك الجارية بالإرث أو الخلع أو الصلح عن دم العمد يجب الاستبراء اهـ فقوله: أو اشترى جزءاً من مائة جزء أي بأن كان ذلك الجزء مكملاً للملك في جميع الأمة، أما لو ملك ابتداء جزءاً من أمة لا يجب الاستبراء قليلاً كان ذلك أو كثيراً لأن السبب لم يتم حينئذٍ والله الموفق اهـ **قوله**: (**لا يعتد بالحاصل**) أي بالاستبراء الحاصل اهـ **قوله**: (**وإن كانت في يد المشتري**) أي لعدم الملك اهـ

ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريها صحيحاً لما بينا ويجب إذا اشترى نصيب شريكه من جارية مشتركة بينهما لأن السبب قد تم في ذلك الوقت، والحكم يضاف إلى تمام العلة وهو آخر الأوصاف ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها وهي مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبها بعد الشراء **ثم أسلمت المجوسية**، أو عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد وهو مقتض للحل والحرمة لمانع، **ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الآبقة** وردّت المغصوبة والمستأجرة أو فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فأدير الحكم عليه وجوداً وعدماً، ولو أقال البائع البيع قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء، وكان أبو حنيفة رحمه اللّه أوّلاً يقول: على البائع الاستبراء لأنها زالت عن ملكه والآن / ملكها ثم رجع، وقال: لا يجب وهو قولهما لأن الإقالة فسخ من الأصل فصار كأن لم يكن، ولو اشترى من عبده المأذون له بعدما حاضت عند العبد فإن لم يكن على العبد دين يجتزأ بتلك الحيضة لأنها دخلت في ملك المولى من وقت الشراء، وإن كان عليه دين مستغرق فكذلك عندهما، وعند أبي حنيفة لا يعتدّ بتلك الحيضة وهذا بناء على وجود ملك المولى وعدمه، وقد عرف في موضعه ولو باع جارية على أنه بالخيار وقبضها ثم أبطل البيع في مدة الخيار لا يلزمه الاستبراء لعدم خروجها عن ملكه، ولو باع أم ولده أو مدبرته وقبضها المشتري ثم استردّها لا يجب عليه الاستبراء إن كان المشتري لم يطأها، وإن كان وطئها فعليه الاستبراء، ولو زوّجها بعد الاستبراء فطلقها الزوج قبل الدخول لا يلزمه الاستبراء في ظاهر الرواية، ولو زوّجها قبل الاستبراء بعد القبض والمسألة بحالها فالمختار أنه يجب، **وإذا حرم الوطء قبل الاستبراء حرم الدواعي أيضاً، لأنه** يفضي إلى الوطء أو **يحتمل وقوعه** في غير الملك

[١٩١/أ ٣/٣]

قوله: (ثم أسلمت المجوسية) أي بعدما استبرأها وحاضت في حال مجوسيتها اهـ **قوله: (ولا يجب الاستبراء إذا رجعت الآبقة)** قال الإتقاني: وفي الآبق تفصيل لا بد منه، قال في شرح الطحاوي: ولو أبقت في دار الحرب ثم عادت إلى صاحبها بوجه من الوجوه فلا استبراء عليها في قول أبي حنيفة لأنهم لم يملكوها وعندهما عليها الاستبراء لأنهم ملكوها ولو أخذوها في دار الإسلام وهي آبقة وأحرزوها في دارهم ملكوها في قولهم جميعاً، فإذا عادت إلى مولاها فعليه الاستبراء في قولهم جميعاً، كذا في شرح الطحاوي فعلى هذا يكون المراد من الآبقة في المتن هي التي أبقت في دار الحرب ولم يحرزها العدوّ ثم رجعت إلى مولاها اهـ إتقاني. **قوله: (وإذا حرم الوطء قبل الاستبراء حرم الدواعي أيضاً)** قال الإتقاني: وإذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطء حرم دواعي الوطء أيضاً من اللمس والقبلة والنظر إلى الفرج بشهوة، قال الفقيه أبو الليث: روي عن أبي مطيع البلخي أنه كان لا يرى

على اعتبار الحبل ودعوة البائع، بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لأن زمن الحيض زمن نفرة فلا يكون داعياً إلى الوطء، وكذ لا يحتمل وقوعه في غير الملك، وفي المشتراة يحتمل ذلك ويفضي إلى الوطء لأن رغبته فيها قبل الدخول بها يكون أصدق، وروي عن محمد لا تحرم الدواعي في المسبية لأنه لا يحتمل وقوعه في غير الملك، والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا، وفي ذوات الأشهر بالشهر لأنه أقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة، وإذا حاضت في أثناء الشهر بطل الاستبراء بالشهر للقدرة على الأصل دون حصول المقصود بالبدل، **وإن ارتفع حيضها** تركها حتى إذا تبين أنها ليست بحامل واقعها وليس فيها تقدير في ظاهر الرواية،

بالقبلة والملامسة بأساً وذلك لأن القربان إنما لا يجوز لأنه يؤدّي إلى اختلاط الأنساب، وليس في القبلة والملامسة هذا المعنى اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأنه**) أي الداعي اهـ **قوله**: (**أو يحتمل وقوعه**) أي وقوع الداعي اهـ **قوله**: (**على اعتبار الحبل ودعوة البائع**) أي الولد المؤدي ذلك إلى بطلان البيع اهـ **قوله**: (**بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها**) أي لأن الوطء إنما حرم في الحيض لمعنى الأذى وذلك لا يوجد في الدواعي اهـ وكتب ما نصه قال الولوالجي رحمه اللّه: ولو باع من رجل جارية فحاضت عند المشتري حيضة ثم وجد بها عيباً فردها لم يقربها البائع حتى تحيض عنده حيضة وكذا الإقالة اهـ قال قاضيخان: رجل باع جارية وسلمها إلى المشتري ثم ردّت عليه بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية أو شرط أو إقالة كان على البائع أن يستبرئها بحيضة، ولو انفسخ البيع بينهما قبل القبض لهذه الأسباب لا يجب الاستبراء، ولو باع جارية وسلمهاا إلى المشتري ثم تقايلا في المجلس كان عليه أن يستبرئها، وعن أبي يوسف رحمه اللّه إذا تقايلا قبل الافتراق لا يجب اهـ (فرع) وإذا زنت أمة فليس عليه أن يستبرئها لأنه إنما وجب صيانة الماء عن الخلط إذا كان محترماً، ولا حرمة لماء الزاني فإن حملت من الزنا لم يقربها حتى تضع حملها لأنه لو قربها صار ساقياً ماءه زرع غيره. وقد قال عليه الصلاة والسلام: «من كان يؤمن باللّه واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره»[1]، لكن قبل ظهور الحبل له ذلك لأن الزرع عبارة عن الحب النابت ولا نبات قبل الحبل اهـ **قوله**: (**وإن ارتفع حيضها**) أي بإياس اهـ قال قاضيخان: وإن كانت شابة وقد انقطع حيضها لمرض أو غيره اختلفت الروايات فيه ذكر في الأصل عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يقربها حتى يستبين أنها غير حامل، ولم يؤقت لذلك وفي رواية لا يقربها سنتين، وفي رواية ثلاثة أشهر أو أربعة أشهر، وعن محمد فيه روايتان في رواية لا يقربها أربعة أشهر وعشرة أيام، وفي رواية شهرين وخمسة أيام قال شمس الأئمة السرخسي: كان محمد يقول: أوّلاً لا يقربها أربعة أشهر وعشرة أيام ثم رجع وقال: شهرين

---

(١) أخرجه أبو داود في النكاح (٢١٥٨)، وأحمد في مسنده (١٦٥٤٢).

وقيل: يتبين بشهرين أو ثلاثة، وعن محمد أربعة أشهر وعشر وعنه شهران وخمسة أيام اعتباراً بعدة الحرة أو الأمة في الوفاة، وعن زفر سنتان وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه اللّه **ولا بأس بالاحتيال في إسقاط الاستبراء عند أبي يوسف خلافاً لمحمد رحمهما اللّه**، والوجه ما بيناه في الشفعة من الجانبين **والمأخوذ به** قول أبي يوسف رحمه اللّه فيما إذا علم أن البائع لم يقربها في طهرها ذلك، ويؤخذ بقول محمد رحمه اللّه إذا قربها **والحيلة إذا لم يكن تحت المشتري** حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها **هكذا ذكره صاحب الهداية**، وهذا لا يفيد إذا كان القبض بعد الشراء

وخمسة أيام والمشايخ أخذوا بهذه الرواية اهـ **قوله: (والمأخوذ به إلخ)** قال الولوالجي رحمه اللّه: رجل اشترى جارية واحتال في إسقاط الاستبراء فهذ على وجهين إن كان البائع وطئها ثم باعها قبل أن تحيض لا يحل للمشتري أن يحتال للإسقاط لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحل لرجلين يؤمنان باللّه واليوم الآخر أن يجتمعا على امرأة واحدة في طهر واحد»[1]، وإن باعها البائع بعد أن حاضت عنده وطهرت ولم يقربها في ذلك الطهر يحل له أن يحتال لإسقاط الاستبراء لانعدام هذا النهي اهـ **قوله: (والحيلة إذا لم تكن تحت المشتري إلخ)** ومن أراد أن يشتري جارية ولا يلزمه الاستبراء فالحيلة ما ذكر في الكتاب يزوّجها البائع من رجل يثق به ثم يبيعها من المشتري فيقبضها المشتري ثم يطلقها الزوج ويستحب للبائع أن يستبرئها قبل أن يزوّجها ويشترط أن يكون طلاق الزوج بعد قبض المشتري فإن طلقها قبل القبض كان على المشتري أن يستبرئها إذا قبضها في أصح الروايتين عن محمد لأنه إذا طلقها قبل القبض كان على المشتري أن يستبرئها فإذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد فيصير كأنه اشتراها في هذه الحالة، وهي ليست في نكاح ولا عدّة فيلزمه الاستبراء، وحيلة أخرى أن يبيعها قبل التزويج ويأخذ الثمن ولا يسلم الجارية إلى المشتري ثم يزوّجها المشتري من عبده أو أجنبي ثم يقبضها ثم يطلقها بعد ذلك إلا أن في هذا نوع شبهة، فإنه عند أبي يوسف وإحدى الروايتين عن محمد كما اشتراها يجب الاستبراء، إلا أن الوجوب يتأكد عند القبض فالتزويج عند الشراء لا يسقط لأن الاستبراء وجب بنفس العقد إلا أن تحيض عند المشتري حيضة قبل الطلاق فيحينئذٍ لا يجب الاستبراء في قولهم، وحيلة أخرى أنه إذا أراد أن يشتري الجارية يتزوّجها المشتري قبل الشراء إذا لم يكن في نكاحه حرة ثم يسلمها إليه المولى ثم يشتري فلا يجب عليه الاستبراء، وإنما يشترط تسليم الجارية إليه قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح، قال الشيخ الإمام الأجل ظهير الدين: عندي يشترط أن يدخل الزوج بها بحكم النكاح قبل الشراء لأن ذلك النكاح يفسد عند الشراء سابقاً على الشراء ضرورة أن ملك النكاح لا

---

(١) لم أعثر عليه.

لأنه بالشراء ينفسخ النكاح فيجب الاستبراء بالقبض بحكم الشراء، وإنما يفيد أن لو كان القبض قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح، وقال ظهير الدين: عندي يشترط أن يدخل قبل الشراء لأن ملك النكاح يفسد عند الشراء سابقاً على الشراء ضرورة أن ملك النكاح لا يجامع ملك اليمين فلم تكن عند الشراء منكوحة ولا معتدّة، بخلاف ما إذا دخل بها قبل الشراء لأنها تبقى معتدة منه بعد فساد النكاح به فلا يلزمه الاستبراء به ذكره قاضيخان في فتاواه، ولو كانت تحته حرة فالحيلة فيه أن يزوّجها البائع قبل الشراء **أو المشتري قبل القبض** ممن يثق به أو يزوّجها بشرط أن يكون أمرها بيده ثم يشتريها ويقبضها ثم يطلقها الزوج لأنه عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض إذا لم يكن فرجها حلالاً له لا يجب عليه الاستبراء، وإن حل بعد ذلك لأن المعتبر أوان وجود السبب **كما إذا كانت معتدة الغير في تلك الحالة** والمظاهر تحرم عليه الدواعي كالمنكوحة إذا وطئت بشبهة، وكالمحرم والمعتكف **بخلاف حالة الحيض** والصوم، والأصل فيه أن سبب الحرام حرام إلا أن النص ورد في حالة الصوم والحيض وفيه بعض الحرج **لأنهما يمتدان**، وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض.

قال رحمه اللّه: (له أمتان أختان قبلهما / بشهوة حرم وطء واحدة منهما ودواعيه [١٩١ ب/٣]

يجامع ملك اليمين فإذا كان فساد النكاح سابقاً على الشراء لم تكن عند الشراء منكوحة ولا معتدّة، أما إذا دخل بها قبل الشراء فإذا فسد النكاح تصير معتدة قبل الشراء فلا يلزم الاستبراء اهـ قاضيخان **قوله**: (**هكذا ذكره صاحب الهداية**) ليس في الهداية ويقبضها بل قال: يتزوّجها قبل الشراء ثم يشتريها اهـ من خط قارئ الهداية رحمه اللّه. **قوله**: (**ولو كانت تحته حرّة**) قال الولوالجي: وإن كان عنده امرأة حرة يزوّجها البائع غيره ثم يشتريها هو ويقبضها ثم يطلقها الزوج أو يشتريها أولاً ثم يزوّجها من رجل قبل أن يقبضها ثم يقبضها ثم يطلقها الزوج، وإن خاف البائع أن يتزوّجها المشتري ولا يشتريها ولا يطلقها فالحيلة أن يقول البائع: زوّجتها منك على أن أمرها بيدي في التطليقتين أطلقها متى شئت أو يقول زوّجتها منك على أنك إن لم تشترها مني اليوم بكذا فهي طالق اثنتين فقبل المشتري النكاح، وكذا الحيلة إذا خيف على المحلل أن لا يطلق اهـ **قوله**: (**أو المشتري قبل القبض**) تقدّم في الصفحة السابقة أنه لو زوّجها المشتري قبل الاستبراء بعد القبض وطلقها الزوج قبل الدخول فالمختار أنه يجب اهـ **قوله**: (**كما إذا كانت معتدّة الغير**) قال الإتقاني: اشترى جارية وهي في عدة من زوج عدّة وفاة أو طلاق وقد بقي من عدّتها يوم أو بعض يوم وانقضت عدّتها بعد قبض المشتري فلا استبراء عليه، فإن انقضت عدّتها قبل القبض فلا تحل له إلا بالاستبراء كذا في شرح الطحاوي اهـ **قوله**: (**في تلك الحالة**) يعني إذا اشترى أمة

حتى يحرم فرج الأخرى بملك أو نكاح أو عتق) ولو قال: حرمتا حتى يحرم فرج إحداهما كان الأحسن لأنهما يحرمان عليه لا إحداهما فحسب، وإنما حرمتا لأن الجمع بينهما نكاحاً أو وطأ لا يجوز لإطلاق قوله تعالى: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾ [النساء:٢٣] والمراد الجمع بينهما وطأ وعقداً لأنه معطوف على المحرمات وطأ وعقداً ولا يعارض بقوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء:٣] لأن الترجيح للمحرم روي ذلك عن علي رضي الله عنه حين سئل عنهما فقال: «حرمتهما آية وأحلتهما آية فتلا الآيتين ثم قال: الحكم للمحرم»[(١)]، **وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي** لأن الدواعي إلى الوطء بمنزلة الوطء أو لأن النص مطلق فيتناوله الوطء فصار كأنه وطئهما فعند ذلك تحرمان، فكذا هذا ومسهما بشهوة أو النظر إلى فرجهما كتقبيلهما حتى يحرما عليه إلا إذا حرم فرج إحداهما بما ذكر لزوال الجمع بتحريم فرج إحداهما عليه وتمليك البعض كتمليك الكل، وكذا إعتاق البعض كإعتاق الكل، أما عندهما فظاهر لأنه لا يتجزأ عندهما، وكذا عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه وإن كان يتجزأ لكنه يحرم به الفرج لأن معتق البعض كالمكاتب عنده، وكتابة إحداهما كإعتاقها لأن فرجها يحرم بالكتابة فحصل المقصود وبرهن إحداهما وإجارتها وتدبيرها لا تحل الأخرى لأن فرجها لا يحرم بهذه الأسباب، وقوله: حتى يحرم فرج الأخرى بملك أراد به التمليك بأن يملك رقبتها من إنسان بأي سبب كان

معتدّة وانقضت عدّتها بعد القبض لا يجب الاستبراء اهـ **قوله: (بخلاف حالة الحيض)** تقدّم في آخر الصفحة السابقة اهـ **قوله: (لأنهما يمتدّان)** قال الإتقاني: والصوم قد يمتدّ في الفرض إلى شهر فلو حرم الدواعي لأدّى إلى الحرج، والحرج مدفوع شرعاً والنفل تابع للفرض فأعطى حكمه اهـ (فرع) قال الولوالجي: ولا ينبغي أن يعزل عن فراشها فإن ذلك يشبه فعل اليهود وقد نهينا عن التشبه اهـ ذكره في الكراهية. **قوله: (وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي)** قال الإتقاني: ولو قبلهما جميعاً بشهوة فقد باشر حراماً ونزل منزلة وطئهما اهـ ثم قال الإتقاني: والجمع بين الأختين نكاحاً لا يجوز بالإجماع، أما الجمع بين الأختين وطئا بملك اليمين فلا يجوز على ما عليه عامّة الصحابة، وهو المروي عن علي رضي الله عنه وعند عثمان بن عفان رضي الله عنه يجوز لأنهما أحلتهما آية وحرمتهما آية، والأصل في الإبضاع الحل بعد وجود سبب الحل وقد وجد وهو ملك اليمين وأراد بآية الإحلال قوله تعالى: ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾ [المؤمنون: ٦] وأراد بآية التحريم قوله تعالى: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾ [النساء: ٢٣]، والصحيح قول العامة:

---

(١) لم أعثر عليه.

من أسباب الملك كالبيع والهبة والصدقة وكالصلح والخلع والمهر، وأراد بقوله: أو نكاح النكاح الصحيح، أما إذا زوّج إحداهما نكاحاً فاسداً لا تحل له الأخرى لأن فرجها لم يصر حراماً عليه بهذا العقد المجرد إلا إذا دخل بها الزوج فحينئذٍ تحل له الأخرى لأن العدّة تجب عليها بالدخول فيحرم على المولى فرجها فلم يصر جامعاً، ولو وطئ إحداهما دون الأخرى حل له وطء الموطوءة دون الأخرى لأنه يصير جامعاً بوطء الأخرى لا بوطء الموطوءة، وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحاً فهما بمنزلة الأختين فيما ذكرنا.

قال رحمه اللّه: (وكره تقبيل الرجل ومعانقته في إزار واحد ولو كان عليه قميص واحد جاز كالمصافحة) وفي الجامع الصغير ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل أو يده أو شيئاً منه أو يعانقه، **وذكر الطحاوي** أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي أن النبي ﷺ «عانق جعفراً حين قدم من الحبشة وقبل ما بين عينيه وذلك عند فتح خيبر. وقال: لا أدري بماذا أسر بفتح خيبر أم بقدوم جعفر»[١] وعانق زيد بن حارثة «وكان أصحاب النبي ﷺ يفعلون ذلك»[٢] وفي الكافي: «كان الأعراب يقبلون أطراف النبي ﷺ»[٣]، وعن عطاء رحمه اللّه سئل ابن عباس رضي اللّه عنهما عن المعانقة فقال: «أوّل من عانق إبراهيم خليل الرحمن عليه السلام كان بمكة فأقبل إليها ذو القرنين فلما كان بالإبطح قيل له: في هذه البلدة إبراهيم خليل الرحمن فقال ذو القرنين: ما ينبغي لي أن أركب ببلدة فيها إبراهيم خليل الرحمن فنزل ذو القرنين ومشى إلى إبراهيم عليه السلام فسلم عليه إبراهيم واعتنقه فكان هو أوّل من عانق»[٤]، ولهما ما روى أنس رضي اللّه عنه أنه قال: «قلنا لرسول اللّه ﷺ: أينحني بعضنا لبعض قال: لا قلنا: أيعانق بعضنا بعضاً قال: لا قلنا: أيصافح بعضنا بعضاً قال: نعم»[٥] **وروى الطحاوي أنه عليه السلام «نهى عن المكامعة** وهي المعانقة»[٦] وروي أنه عليه السلام «نهى عن المكاعمة وهي

لأن المحرم مع المبيح إذا اجتمعا فالمحرم أولى لأن الحرام يجب تركه، والمباح لا يجب فعله اهـ إتقاني. **قوله: (وذكر الطحاوي)** أي في شرح الآثار اهـ **قوله: (وروى الطحاوي أنه ﷺ نهى عن المكامعة)** فيه أنه نهى عن المكامعة وهو أن يضاجع الرجل صاحبه في ثوب واحد

---

(١) انظر شرح معاني الآثار (٤ / ٢٨١)، وذكره الزيلعي في نصب الراية (٤ / ٢٥٤) (٤ / ٢٥٥).
(٢) أخرجه البيهقي في سننه (٧ / ١٠٠).
(٣) ذكره الزيلعي في نصب الراية بلفظ «يقبلون يده» (٤ / ٥٨٣).
(٤) لم أعثر عليه.
(٥) أخرجه البيهقي في سننه (٧ / ١٠٠)، والترمذي في الاستئذان (٢٧٢٨).
(٦) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤ / ٢٥٦).

التقبيل»[١] وما رواه منسوخ به، وقالوا: الخلاف فيما إذ لم يكن عليهما غير الإزار وإذا كان عليهما قميص أو جبة فلا بأس به بالإجماع، وهو الذي اختاره الشيخ في المختصر، والشيخ الإمام أبو منصور الماتريدي رحمه الله وفق بين الأحاديث فقال: المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة، وأما على وجه البر والكرامة فجائز، ورخص الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي وبعض المتأخرين/ تقبيل يد العالم أو [١٩٢ ا/٣] المتورّع على سبيل التبرك، وقبل أبو بكر بين عيني النبي ﷺ بعدما قبض، وقال سفيان الثوري: تقبيل يد العالم **أو يد السلطان العادل سنة** فقام عبد الله بن المبارك فقبل رأسه وما يفعله الجهال من تقبيل يد نفسه إذا لقي الغير فهو مكروه فلا رخصة فيه، وما يفعلون من تقبيل الأرض بين يدي العلماء فحرام، والفاعل والراضي به آثمان لأنه يشبه عبادة الوثن، وذكر الصدر الشهيد أنه لا يكفر بهذا السجود لأنه يريد به التحية، وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر **وذكر أبو الليث** أن التقبيل على خمسة أوجه قبلة الرحمة، كقبلة الوالد لولده، «وقبل النبي ﷺ الحسن بن علي رضي الله عنهما»[٢] وقبلة التحية كقبلة المؤمنين بعضهم بعضاً، **وقبلة الشفقة كقبلة الولد لوالديه، وقبلة المودّة كقبلة الرجل أخاه على الجبهة، وقبلة الشهوة كقبلة الرجل امرأته** أو أمته، وزاد بعضهم قبلة الديانة وهي قبلة الحجر الأسود، **وأما القيام للغير** فقد جاء في الحديث أنه عليه الصلاة والسلام «خرج متوكئاً على عصا فقمنا له فقال عليه الصلاة والسلام: لا تقوموا كما تقوم الأعاجم يعظم بعضهم بعضاً»[٣]، وعن أنس أنه عليه الصلاة والسلام «كان

لا حاجز بينهما، والكميع الضجيع وزوج المرأة كميعها قاله ابن الأثير اهـ قال الإتقاني: وتفسير المكامعة بالمعانقة فيه نظر لأنه قال في ديوان الأدب وغيره: كامع امرأته ضاجعها، وكاعم المرأة قبلها، وقال في الفائق: «نهى النبي ﷺ عن المكاعمة والمكامعة» أي عن ملاثمة الرجل الرجل ومضاجعته إياه لاستر بينهما اهـ **قوله: (ويد السلطان العادل سنة)** قلت: كذلك يجوز تقبيل يد الوالدين والشيخ الذي يأخذ منه اهـ عيني. وكتب ما نصه كذا في شرح الطحاوي اهـ **قوله: (وذكر أبو الليث)** أي في شرح الجامع الصغير اهـ إتقاني. **قوله: (وقبلة الشفقة كقبلة الولد لوالديه)** أي على الرأس اهـ **قوله: (وقبلة المودة كقبلة الرجل أخاه)** أي أو أخته اهـ إتقاني. **قوله: (على الجبهة)** على الخد اهـ **قوله: (وقبلة الشهوة كقبلة الرجل امرأته)** أي على الفم اهـ إتقاني. **قوله: (وأما القيام للغير إلخ)** وفي فتاوى قاضيخان قوم يقرؤون القرآن أو واحد فدخل عليه واحد من الأشراف قالوا: إن دخل عليه عالم أو أبوه أو

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية بلفظ «يفرج ما بين فخذي الحسن ويقبل زبيبته».
(٣) رواه الإمام أحمد في مسنده (٥/٢٥٣).

يكره القيام»[١]، **وعن الشيخ أبي القاسم** كان إذا دخل عليه أحد من الأغنياء يقوم له ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك: فقال: إن الأغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا، والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني في ذلك وإنما يطمعون في جواب السلام والتكلم معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام لهم، ولا بأس بالمصافحة لما روينا ولأنها سنة قديمة متوارثة في البيعة وغير ذلك، وقال عليه الصلاة والسلام: «من صافح أخاه المسلم **وحرّك يده في يده تناثرت ذنوبه**»[٢]، وقال عليه الصلاة والسلام: «ما من مسلمين يلتقيان فيتصافحان إلا غفر لهما قبل أن يتفرقا»[٣] والله أعلم.

فصل في البيع

قال رحمه الله: (كره بيع العذرة لا السرقين) وقال الشافعي رحمه الله: لا يجوز بيع السرقين أيضاً لأنه نجس العين فلا يكون مالاً فلا يجوز بيعه كالعذرة وجلد الميتة قبل الدبغ، **ولنا أن المسلمين تموّلوا السرقين** وانتفعوا به في سائر البلدان والأعصار من غير نكير فإنهم يلقونه في الأراضي لاستكثار الريع، بخلاف العذرة لأن العادة لم تجر بالانتفاع بها، وإنما ينتفع بها مخلوطة **برماد وتراب** غالب عليها بالإلقاء في الأرض **فحينئذٍ يجوز بيعها، والصحيح عن أبي حنيفة** أن الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز.

أستاذه جاز أن يقوم لأجله وفي سوى ذلك لا يجوز اهـ كاكي. **قوله: (وعن الشيخ أبي القاسم)** أي الحكيم السمرقندي اهـ غاية. **قوله: (وحرك يده في يده تناثرت ذنوبه)** الذي وقفت عليه في غالب نسخ هذا الشرح وحرك في يده تناثرت إلخ، ووقفت على نسخة كما أصلحت هنا فليراجع لفظ الحديث اهـ والذي وقفت عليه في نسخة الشارح بخطه وحرك في يده تناثرت اهـ قوله: في غالب نسخ هذا الشرح أي وفي الكافي للنسفي وحرك يده تناثرت اهـ

فصل في البيع

قوله: (ولنا أن المسلمين تموّلوا السرقين إلخ) قال الإتقاني: ولنا أن السرقين مال فجاز بيعه كسائر الأموال، وإنما قلنا: أنه مال لأن المال ما ينتفع به، ويتموّل أي يدّخر لوقت الحاجة وقد تموّل المسلمون السرقين وانتفعوا به من غير نكير من أحد من السلف، وما كان منتفعاً به كان مالاً فجاز بيعه اهـ **وقوله: (برماد وتراب)** الواو بمعنى أو اهـ **قوله: (فحينئذٍ**

---

(١) لم أعثر عليه.

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٥٩).

(٣) أخرجه ابن ماجه في الأذان (٣٧٠٣)، وأحمد في مسنده (١٨٢٢٤).

قال رحمه اللّه: (له شراء أمة قال بكر: وكلني زيد ببيعها) معناه أن جارية لإنسان فرأى آخر يبيعها فقال البائع: وكلني مولاها حل له أن يشتريها ويطأها لأنه أخبر بخبر صحيح لا منازع له فيه، وقول الواحد في المعاملات مقبول بشرط أن يكون مميزاً على ما بينا من قبل، وكذا إذا قال: اشتريتها منه أو وهبني إياها أو تصدق بها عليّ لما ذكرنا، ولا فرق بين ما إذا كان يعلم أنها له أو لم يعلم لأن خبره هو المعتمد عليه لأن الخبر دليل شرعي، ألا ترى أنه يقبل فيما هو أعظم منه وهو الفروج بأن زفت إليه امرأة وقال النساء: هي امرأتك حل له وطؤها ولو كان المخبر غير ثقة فيما إذا ادَّعى الملك أو غيره، فإن كان أكبر رأيه أنه صادق وسعه لأن عدالة المخبر في المعاملات لا تشترط للحاجة على ما مر من قبل، وإن كان أكبر رأيه أنه كاذب لا يتعرض لشيء من ذلك لأن أكبر الرأي يقوم مقام اليقين، وإن لم يخبره صاحب اليد بشيء من الوكالة أو انتقال الملك إليه، فإن كان عرفها أنها لغيره لا يشتريها حتى يعلم أن الملك انتقل إليه أو وكله لأن يد الأول دليل الملك، وإن كان لا يعرف أنها للأوّل وسعه أن يشتريها وإن كان ذو اليد فاسقاً لأن اليد دليل الملك ولا معتبر بأكبر الرأي عند وجود دليل ظاهر إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذٍ يستحب له أن يتنزه ولو اشتراها مع ذلك صح **لاعتماده الدليل الشرعي**، وإن كان الذي أتاه بها عبد أو أمة لم يقبلها / **ولم يشترها حتى يسأل** لأن المملوك لا ملك له فيعلم أن الملك فيها لغيره، **وإن أخبره أن مولاها أذن له وهو ثقة قبل قوله**، وإن لم يكن ثقة [١٩٢ ب/٣]

يجوز بيعها) ونجاسة العين تمنع الأكل ولا تمنع الانتفاع فجاز بيع ذلك لوجود الانتفاع اهـ غاية. وكتب ما نصه، قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير: روي عن أبي حنيفة في الانتفاع بالعذرة روايتان في إحدى الروايتين يكره، وفي الثانية لا يكره فعلى قياس الرواية التي لا يكره ينبغي أن يجوز بيعه اهـ إتقاني. **قوله**: (**والصحيح عن أبي حنيفة الخ**) في الهداية، وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح اهـ قال الإتقاني. قوله: لا بغير المخلوط في الصحيح احترز بالصحيح عن الرواية الأخرى، وهي أن الانتفاع بالعذرة يجوز، وإن لن تكن مخلوطة والروايتان نقلهما الفقيه قبل هذا اهـ قوله في الهداية: أي وفي الكافي مثله اهـ **قوله**: (**إلا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك**) أي ككتاب في يد جاهل ولم يكن في آبائه من هو أهل لذلك وكدّرة في يد فقير لا يملك شيئاً اهـ **قوله**: (**لاعتماده الدليل الشرعي**) أي وهو أن اليد دليل الملك والتنزه أفضل اهـ غاية. **قوله**: (**ولم يشترها حتى يسأل**) أي إذا أتاه عبد أو جارية بجارية فأراد بيع الجارية فلا يشتر قبل السؤال عن ذلك، فإن ذكر أن مولاه قد أذن له فيه وهو ثقة مأمون فلا بأس بشرائه وقبوله منه اهـ غاية. **قوله**: (**وإن أخبره أن مولاها أذن له وهو ثقة إلخ**) فلا بأس بشرائه وقبوله منه، وذلك لأن يد المملوك

يعتبر فيه أكبر الرأي، وإن لم يكن له رأي لم يشترها **لقيام المانع** فلا بد من دليل، **ولو أن امرأة أخبرها رجل أن زوجها** الغائب مات عنها أو طلقها ثلاثاً وكان غير ثقة، أو أتاها بكتاب من عند زوجها بطلاق ولا تدري أنه كتابه أم لا إلا أنه في أكبر رأيها أنه حق بعدما تحرّت **فلا بأس بأن تعتدّ ثم تتزوّج** لأن القاطع طار فلا منازع لأن صحة النكاح لا تمنع ما يطرأ، وكذا لو قالت لرجل: طلقني زوجي وانقضت عدّتي فلا بأس بأن يتزوّجها وكذلك المطلقة الثلاث إذا قالت: انقضت عدّتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني وانقضت عدّتي فلا بأس بأن يتزوّجها الزوج الأوّل، وكذا لو قالت الجارية: كنت أمة لفلان فأعتقني حل له أن يتزوّجها لأن القاطع طار على ما بينا، ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح كان فاسداً أو كان الزوج حين تزوّجها مرتداً أو أخاها من الرضاع لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان، وكذا إذا أخبره مخبر أنك تزوجتها وهي مرتدة أوأختك من الرضاع لم يتزوج بأختها ولا بأربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لأنه أخبر بفساد مقارن، والإقدام على العقد يدل على صحته، وإنكار فساده فيثبت المنازع بالظاهر، بخلاف ما إذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنها ارتضعت من أمه أو أخته بعد النكاح **حيث يقبل خبر الواحد فيه** لأن القاطع طار والإقدام الأول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا، **وعلى هذا الأصل يدور الفرق** ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي أنها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر، **فقالت**: أنا حرة الأصل لايسعه أن يتزوجها **لتحقق المنازع** بخلاف ما تقدم، وهو ما إذا كان المنافي طارئاً.

لا يصلح دليلاً للملك لأن الرق منافٍ للملك، وإذا أخبر أن مولاه قد أذن فلا بأس بشرائه لأن خبر الواحد مقبول في المعاملات وهو إخبار في غير موضع المنازعة فيقبل اهـ غاية. **قوله**: (**لقيام المانع**) أي وهو الرق اهـ وكتب ما نصه عن التصرف اهـ **قوله**: (**ولو أن امرأة أخبرها رجل ثقة أن زوجها إلخ**) في الهداية ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها إلخ اهـ **قوله**: (**فلا بأس بأن تعتد ثم تتزوّج**) وهذا في الإخبار، وأما في الشهادة فلا يصح وإن كان الشاهد اثنين لأنه قضاء على الغائب ألا ترى إلى ما ذكر الإستروشني في الفصل الرابع من فصوله: إذا شهد اثنان على الطلاق والزوج غائب لا يقبل لعدم الشهادة على الخصم، ولو كان الزوج حاضراً يقبل، وإن لم توجد دعوى المرأة بطريق الحسبة وهذا في الشهادة عند القاضي، أما إذا قالوا: لامرأة الغائب إن زوجك طلقك أو أخبرها بذلك واحد عدل فإذا انقضت عدتها حل لها أن تتزوج آخر كذا في الفصول اهـ إتقاني. **قوله**: (**حيث يقبل خبر الواحد فيه**) أي لأن هذا من باب الديانة فيقبل فيه خبر واحد اهـ إتقاني. **قوله**: (**وعلى هذا الأصل يدور الفرق**) أي بين قبول قول الواحد، وعدم قبوله يعني إذا كان الإخبار في غير موضع المنازعة يقبل قول الواحد، وإذا كان في موضع المنازعة لا يقبل اهـ غاية. **قوله**: (**فقالت**) ولو قالت: إن سيدي

قال رحمه لله: (وكره لرب الدين أخذ ثمن خمر باعها مسلم لا كافر) معناه إذا كان لشخص مسلم دين على مسلم فباع الذي عليه الدين خمراً وأخذ ثمنها وقضى به الدين لا يحل للدائن أن يأخذ ثمن الخمر بدينه وإن كان البائع كافراً جاز له أخذه، والفرق أن البيع في الوجه الأول باطل لأن الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل له أخذه من البائع، وفي الوجه الثاني صح البيع لأنه مال متقوم في حق الكافر وملكه البائع فيحل الأخذ منه، بخلاف المسلم لما ذكرنا، وفي النهاية عن محمد هذا إذا كان القضاء والاقتضاء بالتراضي فإن كان بقضاء القاضي بأن قضى عليه بهذا الثمن، ولم يعلم القاضي بكونه ثمن الخمر يطيب له ذلك بقضائه وهو مشكل فإنه مال الغير فكيف يطيب له ومحمد رحمه الله أيضاً لا يرى نفوذ قضاء القاضي باطناً، وإنما ينفذ ظاهراً فقط عنده وعلى هذا إذا مات مسلم وترك ثمن خمر باعها هو لايحل لورثته أن يأخذوا ذلك لأنه كالمغصوب، وقال في النهاية: قال بعض مشايخنا: كسب المغنية كالمغصوب لم يحل أخذه وعلى هذا قالوا: لو مات رجلٍ وكسبه من بيع الباذق أو الظلم أو أخذ الرشوة يتورع الورثة ولا يأخذوا منه شيئاً وهو أولى لهم ويردّونها على أربابها إن عرفوهم، وإلا تصدّقوا بها لأن سبيل الكسب الخبيث التصدّق إذا تعذر الردّ على صاحبه.

قال رحمه الله: (واحتكار قوت الآدمي والبهيمة في بلد يضر بأهله) أي يكره الاحتكار في القوت **إذا كان يضر بأهل البلد لقوله عليه الصلاة والسلام: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون»**[1]، ولأنه تعلق به حق العامة، وفي الامتناع عن البيع إبطال حقهم

قد أعتقني حل له أن يتزوّجها اهـ غاية. **قوله: (لتحقق المنازع)** أي وهو ذو اليد اهـ **قوله: (إذا كان يضر بأهل البلد)** قال الكرخي في مختصره: قال ابن سماعة: عن أبي يوسف الاحتكار في كل ما يضر بالعامة احتكاره وقال: الاحتكار أن يحبسه عنده أكثر السنة فإن حبسه عنده شهراً أو نحو ذلك فإثمه على قدر ما يحبسه، وقال هشام عن محمد: الحكرة في الحنطة والشعير والتمر الذي هو قوت الناس والقت الذي هو قوت البهائم وليس في الثياب حكرة، ولا في الأرز ولا في العسل ولا في السمن ولا في الزيت حكرة وقال أبو يوسف: في الزيت حكرة إلى هنا لفظ الكرخي وجه قول أبي يوسف: عموم النهي عن الحكرة بلا فصل لأن الضرر يلحق بحكرة هذه الأشياء كالحنطة، ولمحمد أن الادهان والعسل ليس بها قوام الأبدان فلا يضر عدمها كما في سواها، وهذا لأن الحاجة اللازمة الدائمة في الأقوات دون غيرها فلا يكره حبس غير الأقوات، قال القدوري في شرح مختصر الكرخي: وأما قول

---

(١) أخرجه ابن ماجه في التجارات (٢١٥٣)، والدارمي في البيوع (٢٥٤٤).

وتضييق الأمر عليهم فيكره إذا كان يضرّ بهم ذلك بأن كانت البلدة صغيرة، بخلاف ما إذا لم يضر بأن كان المصر كبيراً لأنه حابس ملكه من غير إضرار بغيره، وتلقي الجلب على هذا/ التفصيل وقد ذكرناه في البيوع وتخصيص الاحتكار بالأقوات قول [١٩٣/٣/١] أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف: كل ما ضرّ بالعامة حبسه فهو احتكار وإن كان ثياباً أو دراهم ونحو ذلك اعتباراً لحقيقة الضرر إذ هو المؤثر في الكراهة، وهما اعتبرا الضرر المتعارف المعهود ثم المدة إذا قصرت لا تكون احتكاراً لعدم الضرر، وإذا طالت تكون احتكاراً مكروهاً لتحقق الضرر، **ثم قيل: هي** مقدّرة بأربعين ليلة لقوله عليه الصلاة والسلام: «من احتكر طعاماً أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه»[١]، وقيل: بالشهر لأن ما دونه قليل عاجل والشهر **وما فوقه كثير آجل**، وقد مر في غير موضع **ويقع التفاوت في المأثم** بين أن يتربص العزة وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله وقيل: **المدة للمعاقبة في الدنيا**، وأما الإثم فيحصل وإن قلت المدة فالحاصل أن التجارة في الطعام **غير محمودة**.

محمد: إن حبس الأرز ليس باحتكار فهو محمول على البلاد التي لا يتقوّتون به، وأما في الموضع الذي هو قوتهم مثل طبرستان فهو احتكار، وأما الثياب فلأن قوام الأبدان وبقاء الحياة لا يتوقف عليها قاله الإتقاني. **قوله**: (**لقوله** ﷺ: «**الجالب مرزوق والمحتكر ملعون**») قال الإتقاني: قال الفقيه أبو الليث في كتاب تنبيه الغافلين: روي عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب عن رسول الله ﷺ قال: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون» قال الفقيه: إنما أراد بالجالب الذي يشتري الطعام للبيع فيجلبه إلى بلده فيبيعه فهو مرزوق لأن الناس ينتفعون به فيناله بركة دعاء المسلمين والمحتكر يشتري الطعام للمنع ويضر بالناس ولأن في ذلك تضييقاً على المسلمين فلم يجز، ولهذا نهى رسول الله ﷺ عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان اهـ وكتب ما نصه قيل: اللعن على قسمين أحدهما الطرد من رحمة الله، وذلك لا يكون إلا للكافر والثاني الإلقاء عن درجة الأبرار ومقام الصالحين، وهو المراد بقوله: المحتكر ملعون لأن عند أهل السنة المؤمن لا يخرج عن الإيمان بارتكاب كبيرة، كذا في الكفاية اهـ **قوله**: (**ثم قيل: هي**) أي مدة الاحتكار التي يمنع منها اهـ غاية. **قوله**: (**وما فوقه كثير أجل**) وقد روينا قبل عن مختصر الكرخي عن أبي يوسف أنه قدّر مدة الاحتكار بأكثر السنة اهـ غاية **قوله**: (**ويقع التفاوت في المأثم إلخ**) يعني إن إثم من تربص القحط أعظم من إثم من تربص عزة الطعام وهي الغلاء اهـ غاية. **قوله**: (**وقيل: المدة للمعاقبة في الدنيا**) يعني أن تقدير مدة الاحتكار للمعاقبة في الدنيا حتى يعزر الإمام المحتكر ويهدّده، وأما الإثم فيحصل وإن قلت مدة الاحتكار اهـ غاية البيان. **قوله**: (**غير محمودة**) أي

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٤٨٦٥).

قال رحمه الله: (لا غلة ضيعته وما جلبه من بلد آخر) أي لا يكره احتكار غلة أرضه أو احتكار ما جلبه من بلد آخر لأنه خالص حقه فلم يتعلق به حق العامة فلا يكون احتكاراً، ألا ترى أن له أن لا يزرع ولا يجلب فكذا له أن لا يبيع، وهذا في المجلوب قول أبي حنيفة خاصة لأن حق العامة يتعلق بما جلب وجمع في المصر أو في فنائه ولم يتعلق حقهم بما في بلد آخر، فإذا نقله من بلد آخر كان له حبسه لعدم تعلق حقهم به فصار كغلة ضيعته، والجامع عدم تعلق حقهم به إذ كان له أن لا ينقل كما كان له أن لا يزرع فكذا له أن لا يبيع ذلك، وقال أبو يوسف رحمه الله: يكره له حبس ما جلبه من بلد آخر لإطلاق ما روينا ولإلحاق الضرر بالعامة، ولأنه يتوهم حصوله لهم بأن يجبله غيره لهم أو يجلبوه هم لأنفسهم كما نقله هو وجلبه فكان بحبسه مبطلاً حقهم في النقل والجلب، فصار كما إذا حبس المجلوب إلى المصر أو فنائه بخلاف ما زرعه في ضيعته لانعدام هذا المعنى، وقال محمد: إن نقله من موضع يجلب منه إلى المصر في الغالب يكره حبسه لأن حق العامة تعلق به لأنه بمنزلة فناء المصر، ألا ترى أنه كان ينقل لو لم يأخذه هو بخلاف ما إذا نقله من بلد بعيد لم تجر العادة بالحمل منه إلى المصر لأنه يتعلق به حقهم، ألا ترى أنه لو لم يأخذه لم ينقل إليهم فصار كغلة ضيعته.

قال رحمه الله: (ولا **يسعر السلطان** إلا أن يتعدّى أرباب الطعام عن القيمة تعدّياً فاحشاً) لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق»(١) ولأن الثمن حق البائع فكان إليه تقديره فلا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه إلا إذا كان أرباب الطعام يتحكمون على المسلمين ويتعدون تعدّياً فاحشاً، وعجز السلطان عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير فلا بأس به بمشورة أهل الرأي والنظر، فإذا (٢) فعل ذلك على رجل فتعدى عن ذلك فباعه بثمن فوقه أجازه القاضي، وهذا لا يشكل عند أبي حنيفة لأنه لا يرى الحجر على الحر، وكذا عندهما إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم لأنه إذا لم يكن على قوم بعينهم لا يكون حجراً بل يكون فتوى في ذلك، وينبغي للقاضي أو السلطان أن لا يعجل بعقوبته إذا

بطريق الاحتكار، وأما الاسترباح فيه بلا احتكار فلا بأس به كذا في الفوائد الشاهية(٣) اهـ **قوله في المتن: (ولا يسعر السلطان إلخ)** وقال مالك: يجب التسعير على الوالي دفعاً للضرر

---

(١) أخرجه الترمذي في البيوع (١٣١٤)، وأبو داود في البيوع (٣٤٥١)، وابن ماجه في التجارات (٢٢٠٠).

(٢) يوجد تقديم عن ما في المخطوط والأصح ما في المطبوع.

(٣) هو من فروع الحنفية ذكره في كشف الظنون من غير ترجمة (١٢٩٨/٢).

رفع إليه هذا الأمر ولا بالتسعير بل يأمره بأن يبيع ما فضل عن قوته **وقوت أهله على اعتبار السعة** وينهاه عن الاحتكار ويعظه ويزجره عنه، فإذا رفع إليه ثانياً فعل به كذلك وهدده وإن رفع إليه ثالثاً حبسه وعزره حتى يمتنع عنه ويزول الضرر عن الناس ولا يسعر إلا إذا أبوا أن يبيعوه إلا بغبن فاحش ضعف القيمة وعجز عن صيانة حقوقهم إلا به فلا بأس به بمشورة أهل الرأي على ما بينا، وإن امتنع من البيع بالكلية **قيل: لا يبيع** عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يبيع بناء على أنه لا يرى الحجر على الحر البالغ العاقل وهما يريانه **كما في بيع مال المديون وقيل: يبيعه بالإجماع** لأن أبا حنيفة رحمه الله يرى الحجر لدفع ضرر عام كما بينا في كتاب الحجر ومن باع منهم بما قدّره الإمام صح لأنه غير مكره على البيع، هكذا ذكره صاحب الهداية وذكر في المحيط وفي شرح المختار أن البائع إن كان يخاف إذا نقص أن يضر به الإمام لا يحل للمشتري، ذلك لأنه في معنى المكره والحيلة فيه أن يقول له: بعني بما تحب فحينئذٍ بأي شيء باعه يحل، ولو اصطلح أهل بلدة على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك فيما بينهم فاشترى رجل منهم خبزاً بدرهم أو لحماً فأعطاه البائع ناقصاً، والمشتري لا يعرف ذلك كان له أن يرجع عليه بالنقصان إذا عرف لأن المعروف كالمشروط /، وإن كان المشتري من غير أهل تلك البلدة كان له أن يرجع بالنقصان [٢٠٢ب/٣] في الخبز دون اللحم لأن سعر الخبز يظهر عادة في البلدان وسعر اللحم لا يظهر إلا نادراً فيكون شارطاً في الخبز مقداراً معيناً باعتبار العادة دون اللحم، ولو خاف الإمام على أهل مصر الهلاك أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه، فإذا وجدوا ردوا مثله وليس

عن العامة اهـ غاية. **قوله**: (**وقوت أهله على اعتبار السعة**) أي في قوته وقوت أهله اهـ غاية. **قوله**: (**قيل: لايبيع**) أي القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه اهـ **قوله**: (**كما في بيع مال المديون**) أي المفلس إذا امتنع عن البيع اهـ **قوله**: (**وقيل: يبيعه بالإجماع**) قال الإتقاني: وقيل: يبيعه بالاتفاق وإليه ذهب القدوري في شرحه قال: وقد قال أصحابنا: إذ خاف الإمام على أهل المصر الهلاك أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه عليهم فإذا وجدوا ردّوا مثله وليس هذا حجراً، وإنما هو للضرورة ومن اضطر إلى مال غيره وخاف الهلاك جاز له أخذه بغير رضاه اهـ **قوله**: (**وقالا: لا ينبغي**) أي لا يجوز به قالت الثلاثة اهـ **قوله**: (**لقطع نسبته عنه**) قال فخر الدين قاضيخان في شرحه: أصل هذا إذا باع العصير ممن يتخذه خمراً عند أبي حنيفة يجوز ولا يكره، وعندهما يكره اهـ غاية. **قوله**: (**أو بيع الغلام من لوطيّ**) قال الولوالجي في بيوع فتاواه: رجل له عبد أمرد أراد أن يبيعه من فاسق يعلم أنه يعصي الله فيه غالباً يكره هذا البيع لأنه إعانة على المعصية اهـ غاية. وكتب ما نصه ذكر في باب بيوع أهل الذمة من المحيط: المسلم الفاسق إذا اشترى عبداً أمرد وكان ممن يعتاد اتباع الأمرد يجبر على بيعه

هذا من باب الحجر وإنما هو دفع الضرر عنهم كما في حال المخمصة ذكره في شرح المختار.

قال رحمه اللّه: (وجاز بيع العصير من خمار) لأن المعصية لا تقوم بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة لأن المعصية تقوم بعينه فيكون إعانة لهم وتسبيباً وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية ولأن العصير يصلح الأشياء كلها جائز شرعاً فيكون الفساد إلى اختياره.

قال رحمه اللّه: (وإجارة بيت ليتخذه بيت نار أو بيعة أو كنيسة أو يباع فيه خمر بالسواد) أي جاز إجارة البيت ليتخذه معبداً للكفار، والمراد ببيت النار معبد المجوس، وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه **وقالا: لا ينبغي** أن يكريه لشيء من ذلك لأنه إعانة على المعصية، وقد قال اللّه تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾ [المائدة:٢]، وله أن الإجارة على منفعة البيت، ولهذا يجب الأجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه، وإنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه **لقطع نسبته عنه** فصار كبيع الجارية لمن لا يستبرئها أو يأتيها من دبرها **أو بيع الغلام من لوطي**، والدليل عليه أنه لو أجره للسكنى جاز وهو لا بد له فيه من عبادته، وإنما قيده بالسواد لأنهم لا يمكنون من إحداث المعبد وإظهار بيع الخمور والخنازير في الأمصار لظهور شعائر الإسلام فيها فلا يعارض بإظهار شعائر الكفر بخلاف السواد، قالوا: هذا في سواد الكوفة لأن غالب أهلها أهل ذمة، وأما في سواد غيرها فيه شعائر الإسلام ظاهرة فلا يمكنون فيها في الأصح.

قال رحمه للّه: (وحمل خمر لذمي بأجر) أي جاز ذلك أيضاً، وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، **وقالا: هو مكروه** لأنه عليه الصلاة والسلام لعن في الخمر عشرة **وعدّ منها حاملها**، وله أن الإجارة على الحمل وهو ليس بمعصية ولا تسبب لها، وإنما تحصل المعصية بفعل فاعل مختار، وليس الشرب من ضرورات الحمل لأن حملها قد يكون للإراقة أو التخليل فصار كما لو استأجره لعصر العنب أو قطفه، والحديث محمول على الحمل **المقرون بقصد المعصية** وعلى هذا الخلاف إذ آجره دابة لينقل عليها الخمر أو آجره نفسه ليرعى له الخنازير فإنه يطيب له الأجر عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وعندهما يكره، وفي المحيط لا يكره بيع الزنانير من النصراني والقلنسوة

دفعاً للفساد اهـ **قوله: (وقالا: هو مكروه)** قال فخر الإسلام: قول أبي حنيفة: قياس وقولهما استحسان اهـ غاية. وكتب ما نصه لأنه إعانة على المعصية فيكره لقوله تعالى: ﴿ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾ [المائدة:٢] اهـ غاية. **قوله: (وعد منها حاملها)** وإنما لعن الحامل لإعانته على المعصية اهـ غاية. **قوله: (المقرون بقصد المعصية)** أي وهو شرب الخمر

من المجوسي لأن ذلك إذلال لهما، وبيع المكعب المفضض للرجال أن يشتريه ليلبسه يكره لأنه إعانة له على لبس الحرام، ولو أن إسكافاً أمره إنسان أن يتخذ له خفاً على زي المجوس أو الفسقة أو خياطاً أمره إنسان أن يخيط له ثوباً على زي الفساق يكره له أن يفعل له ذلك لأن هذا تسبيب في التشبه بالمجوس والفسقة.

قال رحمه اللّه: (وبيع بناء بيوت مكة وأراضيها) يعني يجوز، أما البناء فظاهر لأنه ملك لمن بناه، ألا ترى أنه لو بنى في المستأجر أو الوقف صار البناء ملكاً له وجاز له بيعه، وأما أرضها فالمذكور هنا قول أبي يوسف ومحمد وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة لأن أراضيها مملوكة لأهلها لظهور آثار الملك فيها، وهو اختصاصهم بها شرعاً، وقوله عليه الصلاة والسلام: «وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على أن أراضيها تملك وتقبل الانتقال من ملك إلى ملك»[١]، وقد تعارف الناس بيع أراضيها والدور التي فيها من غير نكير وهو من أقوى الحجج، وقال أبو حنيفة: لا يجوز بيع أراضيها لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال: «إن اللّه حرّم مكة فحرام بيع رباعها ولا تؤجر بيوتها»[٢] ولأن الحرم وقف الخليل عليه الصلاة والسلام ويكره إجارة أرضها لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أكل أجور أرض مكة فكأنما أكل الربا»[٣] ولأن أراضي مكة كانت تدعى في زمن النبي ﷺ وزمن الخليفتين من بعده السوائب من احتاج إليه سكنها ومن استغنى عنها أسكن غيره فيها، **ومن وضع درهماً**

ولا كلام لنا فيه فإن ذلك مكروه اهـ غاية. **قوله: (ومن وضع درهماً عند بقال إلخ)** قال الكرخي في مختصره في كتاب الصرف: وكل قرض جر منفعة لا يجوز مثل أن يقرض دراهم غلة على أن يعطيه صحاحاً أو يقرض قرضاً على أن يبيع به بيعاً، لأنه روي أن كل قرض جر منفعة فهو ربا وتأويل هذا عندنا أن تكون المنفعة موجبة بعقد القرض مشروطة فيه، وإن كانت غير مشروطة فيه فاستقرض غلة فقضاه صحاحاً من غير أن يشترط عليه جاز، وكذلك لو باعه شيئاً ولم يكن شرط البيع في أصل العقد جاز ذلك، ولم يكن به بأس إلى هنا لفظ الكرخي في مختصره، وذلك لأن القرض تمليك الشيء بمثله، فإذا جر نفعاً صار كأنه استزاد فيه الربا فلا يجوز ولأن القرض تبرع وجرّ المنفعة يخرجه عن موضعه، وإنما يكره إذا كانت المنفعة مشروطة في العقد، وإذا لم تكن مشروطة فيه يكون المقترض متبرعاً بها فصار كالرجحان الذي دفعه ﷺ في بدل القرض، وقد روي عن ابن عمر «أنه كان يستقرض فإذا خرج عطاؤه أعطاه أجود مما أخذ»، قال القدوري في شرحه: والذي

---

(١) أخرجه البخاري في المغازي (٤٢٨٣)، ومسلم في الحج (١٣٥١) واللفظ له.

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٦٥).

(٣) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٦٦) وقال غريب.

[٢٠٣/١/٣] **عند بقال** يأخذ منه ما شاء كره له ذلك/ لإنه إذا ملكه الدرهم فقد أقرضه إياه، وقد شرط أن يأخذ منه ما يريد من التوابل والبقول وغير ذلك مما يحتاج إليه شيئاً فشيئاً **وله** في ذلك نفع وهو بقاء درهمه وكفايته للحاجات، ولو كان في يده لخرج من ساعته ولم يبق فيصير في معنى قرض جر نفعاً وهو منهي عنه، وينبغي أن يودعه إياه ثم يأخذ منه شيئاً فشيئاً وإن ضاع فلا شيء عليه لأن الوديعة أمانة.

قال رحمه الله: (وتعشير المصحف ونقطه) لأن القراءة والآي توقيفية ليس للرأي فيها مدخل فبالتعشير حفظ الآي وبالنقط حفظ الإعراب فكانا حسنين ولأن العجمي الذي لا يحفظ القرآن لا يقدر على القراءة إلا بالنقط فكان حسناً، وما روي عن ابن مسعود أنه قال: «جرّدوا القرآن»(١) فذاك في زمنهم لأنهم كانوا ينقلونه عن النبي ﷺ كما أنزل وكانت القراءة سهلة عليهم وكانوا يرون النقط مخلاً بحفظ الإعراب والتعشير بحفظ الآي، ولا كذلك العجمي في زمننا فيستحسن لعجز العجمي عن التعلم إلا به، **وعلى هذا لا بأس بكتابة أسامي السور** وعدّ الآي فهو وإن كان محدثاً فمستحسن، وكم من شيء يختلف باختلاف الزمان والمكان.

قال رحمه الله: (وتحليته) أي يجوز تحلية المصحف لما فيها من تعظيمه كما في نقش المسجد وتزيينه، وقد ذكرناه من قبل وذكرنا الخلاف فيه إذا كانت التحلية بذهب أو فضة غير مموّه.

قال رحمه الله: (ودخول ذمي مسجداً) أي جاز إدخال الذمي جميع المساجد، وقال مالك رحمه الله: يكره ذلك في كل مسجد وقال الشافعي: يكره في المسجد الحرام لقوله تعالى: ﴿إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا﴾ [التوبة: ٢٨]، ولأن الكافر لا يخلو عن الجنابة فوجب تنزيه المسجد عنه

حكي عن أبي حنيفة أنه أقرض رجلاً مالاً ثم جاء ليقبضه فلم يقف في ظل حائطه، ووقف في الشمس حتى خرج إليه فلا أصل له، وأبو حنيفة أفقه من ذلك لأن الوقوف تحت الحائط ليس بمنفعة تملك ولا أوجبها القرض ولو منع من ذلك لمنع من الجلوس في سراجه، لأنه انتفاع به وهذا لاشبهة فيه اهـ إتقاني. **قوله:** (وله) أي للمقرض اهـ **قوله:** (**وعلى هذا لا بأس بكتابة أسامي السور إلخ**) قال في شرح الطحاوي لأبي بكر الرازي في كتاب الكراهية: وكان الشيخ أبو الحسن يقول: لا يكره ما يكتب في تراجم السور حسب ما جرت به العادة لأن في ذلك إبانة عن معنى السورة وهو بمنزلة كتابة التسمية في أوائلها للفصل اهـ **قوله:** (**والمراد بالمنع المذكور في الآية إلخ**) قال الإتقاني: والآية عند أصحابنا محمولة على أن يمنعوا من تولى المسجد الحرام والقيام بمصالحه ويعزلون عن ذلك أو على

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/٢٦٩).

وعدى مالك إلى سائر المساجد لعموم العلة وهي النجاسة لأن كلها تنزه عنها، ولنا أن النبي ﷺ «أنزل وفد ثقيف في المسجد وضرب لهم خيمة فيه فقالت الصحابة رضي اللّه عنهم: المشركون نجس فقال عليه الصلاة والسلام: ليس على الأرض من نجاستهم شيء وإنما نجاستهم على أنفسهم»(١) وروي أن أبا سفيان دخل في حال كفره مسجد النبي ﷺ، والنجاسة المذكورة في الآية هي الخبث في اعتقادهم لأن كل قبيح رجس وهو النجس، ألا ترى أن الأزلام والميسر سميت في القرآن رجساً لقبحها، **والمراد بالمنع المذكور في الآية** عن قربانهم المسجد الحرام منعهم عن الطواف لأنهم كانوا يطوفون بالبيت عراة على ما ذكره أهل التفسير، وكان الحكم لهم فيفعلون ما أرادوا ولما أعلى اللّه تعالى كلمته ونصر دينه وفتح على المسلمين بعد الفتح نهوا عن ذلك ومنعوا من دخوله لقصد الطواف بالكلية.

قال رحمه اللّه: (وعيادته) أي تجوز عيادة الذمي لما «روي أن يهودياً مرض بجوار النبي ﷺ فقال: قوموا بنا نعود جارنا اليهودي فعاده وقعد عند رأسه وقال: قل: لا اله الاّ اللّه محمد رسول اللّه فنظر المريض إلى أبيه فقال له أبوه: أجبه فأجابه وشهد أن لا إله إلا اللّه وأن محمد رسول اللّه ثم مات وقال النبي ﷺ: الحمد للّه االذي أنقذ بي نسمة من النار»(٢) ولأن العيادة نوع من البر، وقد قال اللّه تعالى: ﴿لا ينهاكم اللّه عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم﴾ [الممتحنة: ٨] ولا بأس برد السلام على الذمي ولا يزيد على قوله: وعليكم فإنه عليه الصلاة والسلام لم يزد حين ردّ على اليهودي، ولا يبدؤه بالسلام لأن فيه تعظيمه وتكريمه، وإن كان له حاجة إليه فلا بأس ببداءته به، ولا

طوافهم عراة كما كانوا يفعلون كذلك في الجاهلية، فأمر اللّه بتنزيه المسجد الحرام عن ذلك لا أن نفس الدخول ممنوع يدل على هذا ما حدث البخاري في جامعه الصحيح بإسناده إلى حميد بن عبد الرحمن بن عوف أن أبا هريرة أخبره «أن أبا بكر بعثه في الحجة التي أمره رسول اللّه ﷺ قبل حجة الوداع في رهط يؤذن في الناس ألا لا يحجنّ بعد العام مشرك ولا يطوفنّ بالبيت عريان»(٣) اهـ **قوله: (وقال النبي ﷺ الحمد للّه إلخ)** قال محمد: وبه نأخذ لا نرى بعبادة اليهود والنصارى والمجوس بأساً كذا في كتاب الآثار لمحمد، وقال الإتقاني: ونص محمد في المجوسي على أنه لا بأس بعبادته، ولكن المشايخ اختلفوا

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤ / ٢٧٠).

(٢) أخرجه البخاري في الجنائز (١٣٥٦)، وأبو داود في الجنائز (٣٠٩٥)، وأحمد في مسنده (١٣٥٦٥).

(٣) تقدم تخريجه.

يدعو له بالمغفرة ولو دعا له بالهدى جاز لإنه عليه الصلاة والسلام قال: «اللهم اهد قومي فإنهم لا يعلمون»(١)، ولو دعا له بطول العمر، قيل: لا يجوز لأن فيه التمادي على الكفر، وقيل: يجوز لأن في طول عمره نفعاً للمسلمين بأداء الجزية فيكون دعاء لهم، وعلى هذا الاختلاف الدعاء له بالعافية، وهذا إذا كان من أهل الكتاب كاليهودي والنصراني، وإن كان مجوسياً قيل: لا يعوده **لأنه أبعد عن الإسلام من أهل الكتاب**، وقيل: يعوده لأن فيه إظهار محاسن الإسلام وترغيبه فيه وتأليفه وقد ندبنا/ [٢٠٣ب/٣] إليه، واختلفوا في عيادة الفاسق أيضاً، والأصح أنه لا بأس بها لأنه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين، وإذا مات الكافر قال لوالده أو قريبه في تعزيته: أخلف اللّه عليك خيراً منه وأصلحك أي أصلحك بالإسلام، ورزقك ولداً مسلماً لأن الخيرية به تظهر، ويقول في تعزيه المسلم: أعظم اللّه أجرك **وأحسن عزاءك** ورحم ميتك وكثر عددك.

قال رحمه اللّه: (وخصاء البهائم) أي جاز لأنه عليه الصلاة والسلام «ضحى بكبشين أملحين موجوءين»(٢) **والموجوء هو الخصي** ولأن لحمه يطيب به ويترك النطاح فكان حسناً.

قال رحمه اللّه: (وإنزاء الحمير على الخيل) لأنه عليه الصلاة والسلام «ركب البغل واقتناه»(٣) ولو لم يجز لما فعله لأن فيه فتح بابه وما ورد فيه من النهي **كان لأجل تكثير الخيل**.

قال رحمه اللّه: (**وقبول هدية العبد التاجر** وإجابة دعوته واستعارة دابته، وكره كسوته الثوب وهديته النقدين) يعني الدراهم والدنانير، والقياس أن لا يجوز الكل

فيه. **قوله**: (**لأنه أبعد من الإسلام عن أهل الكتاب**) ألا ترى أنه لا يجوز ذبيحة المجوس ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى اهـ إتقاني. **قوله**: (**وأحسن عزاءك**) قال في المصباح: وعزيته تعزية قلت له: أحسن اللّه عزاءك، أي رزقك اللّه الصبر الحسن والعزاء مثل سلام اسم من ذلك مثل سلم سلاماً وكلم كلاماً، وتعزى هو تصبر وشعاره أن يقول: إنا للّه وإنا إليه راجعون اهـ **قوله**: (**والموجوء هو الخصي**) فيه نظر تقدّم في الأضحية اهـ **قوله**: (**كان لأجل تكثير الخيل**) وكانت الخيل في بني هاشم قليلة فأحب رسول اللّه ﷺ أن تكثر فيهم اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**وقبول هدية العبد التاجر إلخ**) قال الكرخي في كتاب المأذون من مختصره: لو أهدى المأذون هدية أو دعا رجلاً إلى منزله فغداه أو أعار رجلاً دابة ليركبها أو ثوباً ليلبسه فذلك جائز لا بأس به، ولا ضمان على الرجل الحر في شيء من ذلك إن عطبت

---

(١) ذكره السيوطي في الدر المنثور (٢/ ٢٩٨).

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ١٥١).

(٣) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٧٠).

لأنه تبرع والعبد ليس من أهله لكن جوّز في الشيء اليسير للضرورة استحساناً لأنه لا يجد بداً منه، كالضيافة ليجتمع إليه المجاهزون ويجلب قلوب المعاملين فكان من ضرورات التجارة، ومن ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته، وقد صح أن سلمان الفارسي أهدى إلى النبي ﷺ هدية قبل أن يعتق فقبلها النبي ﷺ، وقبل هدية بريرة فقال: «هو لها صدقة ولنا هدية»[1] وكان عليه الصلاة والسلام يجيب دعوة المملوك وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم، حتى **روي عن أبي سعيد مولى أبي أسيد أنه قال**: دعوت رهطاً من أصحاب رسول الله ﷺ فيهم أبو ذر رضي الله عنهم فحضرت الصلاة فقدّموني وأنا يومئذٍ عبد»، ولا ضرورة في الشيء الكثير كالدراهم والثياب فبقي على الأصل.

قال رحمه الله: (واستخدام الخصي) أي يكره استخدام الخصي لأن فيه تحريض الناس على الخصاء وهو مثلة، وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام نهى عنها فتحرم.

قال رحمه الله: (والدعاء بمعقد العز من عرشك) أي يكره أن يقول في دعائه: اللهم إني أسألك بمعقد العز من عرشك، وللمسألة عبارتان بمعقد وبمقعد، فالأولى من العقد، والثانية من القعود تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً، ولا شك في كراهية الثانية **لاستحالة معناها على الله** تعالى، وكذا الأولى لأنه يوهم أن عزه متعلق بالعرش، والعرش حادث وما يتعلق به يكون حادثاً ضرورة والله متعال عن تعلق عزه بالحادث بل عزه قديم، لأنه صفته وجميع صفاته قديمة قائمة بذاته لم يزل موصوفاً بها في الأزل ولن يزال في الأبد، ولم يزدد شيئاً من الكمال لم يكن له في الأزل بحدوث العرش وغيره، **وعن أبي يوسف** رحمه الله **أنه لا بأس به**، وبه أخذ الفقيه أبو الليث لما

الدابة تحته أو تخرق الثوب من لبسه، ولا بأس أن يقبل الرجل ذلك من العبد كان على العبد دين أو لم يكن هذا استحسان من أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وليس بقياس اهـ وبلغنا عن عمر بن الخطاب أنه سئل عن العبد يتصدّق بالشيء قال بالرغيف ونحوه: ولا بأس بصدقة العبد المأذون له بالطعام وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: ليس للعبد المأذون أن يهب درهماً ولا يتصدّق به ولا يكسو ثوباً وإنما أستحسن من ذلك في الطعام ونحوه اهـ إتقاني. **قوله: (روي عن أبي سعيد مولى أبي أسيد أنه قال)** أي قال: أعرست وأنا عبد فدعوت إلخ اهـ غاية. **قوله: (لاستحالة معناها على الله)** أي لأنه وصف الله تعالى بما هو باطل وهو القعود وهو التمكن على العرش وذلك قول المجسمة وهو قول باطل اهـ **قوله: (وعن أبو يوسف إلخ)** قال الكرخي في مختصره: قال أبو يوسف: لا أكره هذا و أكره بحق

---

(١) تقدم تخريجه.

روي أنه عليه الصلاة والسلام كان من دعائه «اللهم إني أسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الأعظم وجدّك الأعلى وكلماتك التامة»(١) والأحوط الامتناع لكونه خبر واحد فيما يخالف القطعي إذ المتشابه يثبت بالقطعي، ولو جعل العز صفة للعرش كان جائزاً لأن العرش موصوف في القرآن بالمجد والكرم فكذا بالعز، ولا يشك أحد أنه موضع الهيبة وإظهار كمال القدرة وإن كان اللّه تعالى مستغنياً عنه.

قال رحمه اللّه: (وبحق فلان) أي يكره أن يقول في دعائه: بحق فلان وكذا بحق أنبيائك وأوليائك أو بحق رسلك أو بحق البيت أو المشعر الحرام لأنه لا حق للخلق على اللّه تعالى، وإنما يخص برحمته من يشاء من غير وجوب عليه ولو قال رجل لغيره: بحق اللّه أو باللّه أن تفعل كذا لا يجب عليه أن يأتي بذلك شرعاً، وإن كان الأولى أن يأتي به.

قال رحمه اللّه: (**واللعب بالشطرنج** والنرد وكل لهو) لقوله عليه الصلاة والسلام: كل لعب ابن آدم حرام إلا ثلاثة ملاعبة الرجل أهله وتأديبه لفرسه ومناضلته بقوسه»(٢) وأباح الشافعي الشطرنج من غير قمار ولا إخلال بحفظ الواجبات لأن فيه تشحيذ الخاطر وتذكية نار الإفهام، والحجة عليه ما روينا/ [٢٠٤/٢/٣] وما روي أن ابن عمر رضي اللّه عنهما مر بقوم يلعبون الشطرنج فلم يسلم عليهم، وقال: ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون ولأنه لعب يصدّ صاحبه عن الجمع والجماعات وعن ذكر اللّه عز وجل غالباً فيكون حراماً **كالنرد شير والنرد** قال عليه الصلاة والسلام: «من لعب بالنرد شير فكأنما صبغ يده في لحم خنزير»(٣) رواه مسلم وأحمد وأبو داود، وعن أبي

فلان وبحق أنبيائك ورسلك وبحق البيت والمشعر الحرام وهذا النحو إلى هنا لفظ الكرخي اهـ غاية. **قوله**: (**أنه لا بأس به**) وبه قالت الثلاثة اهـ عيني. **قوله في المتن**: (**واللعب بالشطرنج إلخ**) أما النرد فحرام بالإجماع، وأما الشطرنج فإن قامر به فهو حرام بالإجماع لأن اللّه تعالى حرم القمار، وإن لم يقامر فكذلك عندنا اهـ إتقاني. **قوله**: (**كالنردشير والنرد**) كذا هو بخط الشارح، والنرد هو النرد شير قال في مجمع البحرين: النرد معروف قال ابن دريد: هو أعجمي معرب وقد جاء في الحديث الصحيح «عن النبي ﷺ من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده في لحم خنزير ودمه» اهـ وفي نهاية ابن الأثير النرد اسم أعجمي معرب وشير بمعنى حلو اهـ وفي لسان العرب والنرد معروف شيء يلعب به، وليس بعربي وهو النردشير

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٧٢).
(٢) أخرجه أبو داود الطيالسي في مسنده (١٣٥)، والطبراني في الكبير (١٧/ ٣٤١).
(٣) أخرجه مسلم في الشعر (٢٢٦٠)، وأبو داود في الأدب (٣٠٩٥)، وابن ماجه في الأدب (٣٣٦٣)، وأحمد في مسنده (٢٢٤٧٠).

موسى أن النبي ﷺ قال: من لعب بالنرد فقد عصى اللّه ورسوله»[١] رواه مالك وأحمد وغيرهما، وأما منفعته التي ذكرها فمغلوبة تابعة، والعبرة للغالب في التحريم، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وإثمهما أكبر من نفعهما﴾ [البقرة: ٢١٩] فاعتبر الغالب في التحريم وهل رؤي من يلعب بالشطرنج يصلي فضلاً عن الجماعة، وإن صلى فقلبه متعلق به فكان في إباحته إعانة الشيطان على الإسلام والمسلمين، ثم إن كان يقامر به سقطت عدالته، وإن لم يقامر وكان متأوّلاً ولم يصدّه ذلك عن الصلاة لم تسقط عدالته، **ولم ير أبو حنيفة بالسلام عليهم بأساً** ليشغلهم عما هم فيه، وكرهه أبو يوسف ومحمد تحقيراً لهم، وروي أن علياً رضي اللّه عنه مر بقوم يلعبون الشطرنج ولم يسلم عليهم فقيل له في ذلك: فقال: «كيف أسلم على قوم يعكفون على أصنام»، وروي أنه ضرب على رؤوسهم، **ولا بأس بالمسابقة** في الرمي والفرس والإبل إن شرط المال من جانب واحد بأن يقول أحدهما لصاحبه: إن سبقتني فلك كذا وإن سبقتك فلا شيء لي لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا سبق إلا في خف أو نصل أو حافر»[٢] رواه أحمد وأبو داود وجماعة أخر، وحرم لو شرط المال من الجانبين بأن يقول: إن سبق فرسك أعطيتك كذا، وإن سبق فرسي فأعطني كذا إلا إذا أدخلا ثالثاً بينهما، وقالا للثالث: إن سبقتنا فالمالان لك، وإن سبقناك فلا شيء لنا عليك ولكن أيهما سبق صاحبه أخذ المال المشروط، وكذا المتفقهة إذا شرط لأحدهما الذي معه الصواب صح، وإن شرطاه لكل واحد منهما على صاحبه **لا يجوز كما في المسابقة**.

قال رحمه اللّه: (وجعل الراية في عنق العبد) أي لا يجوز وهو معطوف على اللهو **وصورته أن يجعل في عنقه طوق** مسمر بمسمار عظيم يمنعه من تحريك رأسه

اهـ **قوله: (ولم ير أبو حنيفة بالسلام عليهم بأساً إلخ)** وأورد الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير سؤالاً وجواباً فقال: فإن قيل: إذا لعب بالشطرنج يريد بذلك تعلم الحرب قيل له يكون وزره أشد لأنه اتخذ آيات اللّه هزواً لأنه يرتكب المعصية ويظهر من نفسه أنه يريد الطاعة اهـ غاية. **قوله: (ولا بأس بالمسابقة إلخ)** ترجم الشيخ الشلبي هنا فقال:

فصل في المسابقة

قوله: (لا يجوز كما في المسابقة) وستأتي أحكام المسابقة بأتم من هذا في مسائل شتى آخر الكتاب اهـ **قوله: (صورته أن يجعل في عنقه طوق)** أي من حديد اهـ إتقاني. وفي

---

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد (٢٥٧٤)، وأحمد في مسنده (٩٧٨٨).

(٢) أخرجه في الجهاد والسير (٣٠١٧)، والترمذي في الحدود (١٤٥٨)، وأبو داود في الحدود (٤٣٥١).

وهو معتاد بين الظلمة وإنه حرام لأنه عقوبة الكفار فيحرم كالإحراق بالنار، وقال عليه الصلاة والسلام: «لا تعذبوا بعذاب اللّه»[١] وفي النهاية أنه علامة بأنه آبق، وقال: لا بأس في زماننا لغلبة الإباق خصوصاً في الهنود وكان زمانهم مكروهاً لقلة الإباق.

قال رحمه اللّه: (وحل قيده) أي جاز قيد العبد احترازاً عن الإباق والتمرّد، وهو سنة المسلمين في الفساق بخلاف الراية لأنه محدث وشر الأمور محدثاتها، قال عليه الصلاة والسلام: «كل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار»[١].

قال رحمه اللّه: (والحقنة) أي جازت الحقنة للتداوي، وجاز أن ينظر إلى ذلك الموضع للضرورة، لقوله عليه الصلاة والسلام: «لكل داء دواء واذا أصاب الدواء الداء برئ بإذن اللّه تعالى»[٢] رواه مسلم وأحمد. وروي أن الأعراب قالت: يا رسول اللّه ألا نتداوى قال: «نعم عباد اللّه تداووا فإن اللّه لم يضع داء إلا ووضع له شفاء أو دواء إلا داء واحداً قالوا: يا رسول اللّه وما هو قال: الهرم»[٣] رواه الترمذي وصححه ورواه جماعة. ومن الناس من كره التداوي، لما روى ابن عباس رضي اللّه عنهما أن النبي ﷺ قال: «يدخل الجنة من أمتي سبعون ألفاً بغير حساب هم الذين لا يسترقون ولا يتطيرون، ولا يكتوون، وعلى ربهم يتوكلون»[٤] رواه البخاري ومسلم وأحمد، وعن ابن عباس أن امرأة سوداء أتت النبي ﷺ فقالت: إني أبرسم وإني أتكشف فادع اللّه لي قال: «إن شئتِ صبرت ولك الجنة وإن شئت دعوت اللّه تعالى أن يعافيك فقالت: أصبر فإني أتكشف فادع اللّه أن لا أتكشف فدعا لها»[٥] رواه أولئك الثلاثة ولنا ما روينا، وروى البخاري وأحمد أنه عليه الصلاة والسلام قال: «ما أنزل اللّه تعالى داء إلا أنزل له شفاء»[٦]، وروي أنه عليه الصلاة والسلام «تداوى واحتجم»، وقال جابر: إن رسول اللّه / ﷺ «كوى سعد بن معاذ في أكحله مرتين»[٧]، رواه ابن ماجه ومسلم بمعناه، ولا جناح على من تداوى إذا كان يرى أن الشافي هو اللّه دون

[٢٠٤ب/٣]

شرح العيني بخطه طوق من خشب اهـ قوله: من حديد وكذا في شرح منلا مسكين اهـ

---

(١) أخرجه النسائي في صلاة العيدين (١٥٧٨)، وأبو داود في السنن (٤٦٠٧).
(٢) أخرجه مسلم في السلام (٢٢٠٤)، وأحمد في مسنده (١٤١٨٧).
(٣) أخرجه الترمذي في الطب (٢٠٣٨)، وأبو داود في الطب (٣٨٥٥)، وابن ماجه في الطب (٣٤٣٦).
(٤) أخرجه البخاري في الرقائق (٦٤٧٢)، ومسلم في الإيمان (٢١٨)، وأحمد في مسنده (٢٩٤٧).
(٥) أخرجه البخاري في المرضى (٥٦٥٣)، ومسلم في البر والصلة والآداب (٢٥٧٦)، وأحمد في مسنده (٣٢٣٠).
(٦) تقدم تخريجه.
(٧) أخرجه ابن ماجه في الطب (٣٤٩٤)، وأبو داود بنحوه في الطب (٣٨٦٦).

الدواء، وإن الدواء جعله سبباً لذلك والمعافي في الحقيقة هو الله تعالى عند ذلك، وما رواه بعضهم من الأخبار ما يدل على كراهية التدواي فذاك إذا كان يرى الشفاء من الدواء ويعتقد أنه لو لم يعالج لما سلم، ونحن نقول: لا يجوز لمثل هذا التداوي، ولا فرق في الحقنة بين الرجل والمرأة، وإنما يجوز ذلك بالأشياء الطاهرة، **ولا يجوز بالنجس** كالخمر **وكذا كل تداوٍ** لا يجوز إلا بالطاهر لما روى ابن مسعود أنه عليه الصلاة والسلام قال: «إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم»[١] ذكره البخاري، وعن أبي الدرداء أنه عليه الصلاة السلام **قال**: «**إن الله أنزل الداء** والدواء وجعل لكل داء دواء فتدووا ولا تداووا بحرام»[٢] روه أبو داود، ويجوز التداوي بالعظام كلها سواء كانت من الذكية أو من الميتة غير أنه إذا كانت من الميتة لا يجوز إلا إذا كانت يابسة ليس فيها دسومة، ومن الذكية يجوز كيفما كان إلاَّ عظم الخنزير والآدمي الخنزير لنجاسته، والآدمي لكرامته إذ لا يجوز الانتفاع بأجزائه ولا بأس بالرقى لأنه عليه الصلاة والسلام كان يفعل ذلك، وما جاء فيه من النهي عنه عليه الصلاة والسلام محمول على رقى الجاهلية إذ كانوا يرقون بكلمات كفر، ألا ترى إلى ما يروى عن عروة بن مالك أنه قال: «كنا في الجاهلية نرقي فقلنا: يا رسول الله كيف ترى في ذلك فقال: اعرضوا عليّ رقاكم لا بأس بالرقى ما لم يكن فيه شرك»[٣] رواه مسلم وأبو داود، وعن ابن مسعود أنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إن الرقى والتمائم **والتولة** شرك»[٤] رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه، والتولة ضرب من السحر، قال

قوله في المتن: (**وحل قيده**) والذي بخط الشارح وحل عقده اهـ **قوله**: (**لا يجوز بالنجس إلخ**) إذا سال الدم من أنف إنسان فيكتب بالدم على جبهته وأنفه يجوز للاستشفاء والمعالجة، ولو كتب بالبول إن علم أن فيه شفاء لا بأس به لكن لم ينفل وهذا لأن الحرمة تسقط عند الاستشفاء، أترى أن العطشان يجوز له شرب الخمر والجائع يحل له أكل الميتة اهـ ولوالجي في الفصل الثاني من الكراهية. وذكر الولوالجي في الفصل الثامن من الكراهية ما نصه التدواي بلبن الأتان إذ أشاروا إليه لا بأس به هكذا ذكر في بعض المواضع، وفيه نظر لأن لبن الأتان حرام والاستشفاء بالمحرم حرام اهـ **قوله**: (**وكذا كل تداوٍ إلخ**) ذكر الشارح قبيل قول المصنف: وعشرون دلواً أن التداوي بالطاهر الحرام كلبن الأتان لا يجوز فما ظنك بالنجس اهـ وكتب ما نصه سيأتي في آخر المقالة نقلاً عن النهاية ما يخالف هذا اهـ **قوله**:

---

(١) ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير (٤ / ٧٤)، والزيلعي في نصب الراية (٤ / ٢٩٩).
(٢) أخرجه أبو داود في الطب (٣٨٧٤).
(٣) أخرجه مسلم في السلام (٢٢٠٠)، وأبو داود في الطب (٣٨٨٦).
(٤) تقدم تخريجه.

الأصمعي: هو تحبيب المرأة إلى زوجها، وعن جابر أنه قال: «نهى رسول اللّه ﷺ عن الرقى فجاء آل عمرو بن حزم فقالوا: يا رسول اللّه إنه كانت رقية يرقى بها من العقرب فإنك نهيت عن الرقى قال: فعرضوها عليه فقال: ما أرى بأساً من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل»(١) رواه مسلم، وعن عائشة رضي اللّه عنها قالت: كان رسول اللّه ﷺ «إذا مرض أحد من أهله نفث عليه المعوّذات فلما مرض مرضه الذي مات فيه جعلت أنفث عليه وأمسحه بيد نفسه لأنها أعظم بركة من يدي»(٢) رواه البخاري ومسلم وأحمد، **والتداوي لا يمنع التوكل** ولو أخبره طبيب بالدواء فلم يتداو حتى مات لا يأثم، بخلاف ما إذا جاع ولم يأكل مع القدرة عليه حتى مات حيث يأثم لأن زوال الجوع بالأكل متيقن به باعتبار العادة، فإن اللّه أجرى العادة بإزالة الجوع، وخلق الشبع عند الأكل لا يتخلف عنه أصلاً بخلاف المرض عند التداوي فإنه في حيز التردّد، **وقال في النهاية**: يجوز التداوي بالمحرم كالخمر والبول إذا أخبره طبيب مسلم أن فيه شفاء ولم يجد غيره من المباح ما يقوم مقامه، والحرمة ترتفع للضرورة فلم يكن متداوياً بالحرام فلم يتناوله حديث ابن مسعود ويحتمل أنه قاله: في داء عرف له دواء غير المحرم.

قال رحمه اللّه: (ورزق القاضي) أي حل رزق القاضي من بيت المال لأن بيت المال أعدّ لمصالح المسلمين، والقاضي محبوس لمصالحهم والحبس من أسباب النفقة فكان رزقه فيه كرزق المقاتلة والزوجة يعطي منه ما يكفيه وأهله، على هذا كانت الصحابة والتابعون رضي اللّه عنهم وبعث رسول اللّه ﷺ عتاب بن أسيد إلى مكة وفرض له، وبعث علياً ومعاذاً إلى اليمن وفرض لهما، وكان أبو بكر والخلفاء من بعده يأخذون كفايتهم فكان إجماعاً، وهذا إذا كان بيت المال حلالاً جمع بحق، وإن

(**قال: إن اللّه أنزل الداء إلخ**) وهذا إذا فعل الحقنة للدواء فإن فعل لأجل السمن فعن أبي يوسف لا بأس به، لأن الهزال إذا تناهى به يورث السل اهـ غاية. **قوله**: (**والتولة**) كذا ضبطه الشارح اهـ **قوله**: (**والتداوي لا يمنع التوكل**) قال فخر الإسلام البزدوي وغيره: المذهب عند أهل السنة والجماعة وأئمة الفتوى أن التوكل المأمور به بعد كسب الأسباب، ثم التوكل بعده على اللّه تعالى دون الأسباب يعني أن التوكل مع مراعاة الأسباب لا مع قطع الأسباب لكن بعد مراعاة الأسباب يعتمد على اللّه تعالى لا على الأسباب والحقنة من هذا القبيل اهـ إتقاني. **قوله**: (**وقال في النهاية: إلخ**) هذا الذي نقله عن النهاية نقله عنها أيضاً في الأشربة، وذكر أن صاحب النهاية عزاه إلى الذخيرة اهـ **قوله**: (**وفرض له**) أي كل سنة بأربعين أوقية اهـ

---

(٥) أخرجه مسلم في السلام (٢١٩٩)، وابن ماجه في الطب (٣٥١٥).
(٦) أخرجه البخاري في الطب (٥٧٥١)، ومسلم في السلام (٢١٩٢)، وأحمد في مسنده (٢٤٤٠٦).

كان حراماً بأن جمع بباطل لم يحل له أخذه لأنه مال الغير فيجب ردّه على صاحبه، ثم إن كان القاضي محتاجاً فالأفضل له أن يأخذ بل يجب لأنه لا يتوصل إلى إقامة ما عليه إلا به إذ اشتغاله بالكسب يمنعه / عن إقامة ما عليه، وإن كان غنياً فكذلك يأخذ [٢٠٥/١/٣] منه كفايته عند بعضهم وهو الأصح لأن ماله يفرغ بالنفقة الدائمة، وفيه صيانة للحكم عن أن يهون عند الملوك، ونظراً لمن يجيء بعده من المحتاجين لأنه إذا انقطع زماناً يتعذر ردّه عند تولية المحتاج، هذا إذا أعطوه من غير شرط ومعاقدة كعقد الإجارة، وإن كان بشرط ومعاقدة لا يحل له أخذه لأن القضاء طاعة فلا يجوز أخذ الأجر عليه كسائر الطاعات، وتسميته رزقاً يدل على أن ما يأخذه مقدّر بالكفاية، وإنه ليس بأجر، وقد جرى الرسم بإعطائه في أول السنة لأن الخراج كان يؤخذ في أول السنة وهو يعطي منه، وفي زماننا يؤخذ الخراج في آخر السنة، والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية في الصحيح وعليه الفتوى، ولو أخذ الرزق في أوّل السنة ثم عزل قبل مضي السنة قيل يجب عليه ردّ حصة ما بقي من السنة، **وقيل: هو على الاختلاف** في الزوجة على ما بيناه.

قال رحمه اللّه: (وسفر الأمة وأم الولد بلا محرم) أي يجوز لهما السفر بغير محرم لأن الأمة بمنزلة المحرم لعامة الرجال فيما يرجع إلى النظر والمس على ما بينا من قبل فكما يجوز للحرة أن تسافر مع المحرم، فكذا هي مع الأجنبي وأم الولد أمة لقيام الرق فيها، وكذا المكاتبة لأنها مملوكة رقبة، وكذا معتقة البعض عند أبي حنيفة رحمه اللّه لأنها كالمكاتبة عنده، وفي الكافي قالوا: هذا في زمانهم لغلبة أهل الصلاح فيه، وأما في زماننا فلا لغلبة أهل الفساد فيه ومثله في النهاية معزياً إلى شيخ الإسلام.

قال رحمه اللّه: (وشراء ما لا بدّ للصغير منه وبيعه للعم والأم والملتقط لو في حجرهم) أي يجوز لهؤلاء الثلاثة أن يشتروا للصغير ويبيعوا ما لا بد له منه إذا كان الصغير في حجرهم، وذلك مثل النفقة والكسوة لأنهم لو لم يكن لهم ذلك لتضرر الصغير وهو مدفوع، وأصله أن التصرف على الصغير على ثلاثة أنواع نوع هو نفع محض فيملكه كل من هو في يده ولياً كان أو لم يكن ولياً كقبول الهبة والصدقة

غاية. **قوله: (وقيل: هو على الاختلاف إلخ)** إذا استعجلت نفقة السنة فمات الزوج في بعض السنة ردت ما بقي من النفقة عند محمد خلافاً لأبي يوسف وإليه أشار الخصاف في نفقاته، والصحيح هو القول الأول كذا ذكر الشهيد وفخر الدين قاضيخان اهـ غاية. وكتب ما نصه، وقال بعضهم: على قول محمد يجب وعلى قول أبي يوسف لا يجب اهـ غاية. **قوله:**

ويملكه الصبي بنفسه إذا كان مميزاً، ونوع هو ضرر محض كالعتاق والطلاق فلا يملكه عليه أحد، ونوع هو متردّد يحتمل أن يكون نفعاً ويحتمل أن يكون ضرراً وذلك **مثل البيع** والإجارة للاسترباح فلا يملكه إلا الأب والجد ووصيهما ويملكونه سواء كان الصغير في أيديهم أو لم يكن لأنهم يتصرفون عليه بحكم الولاية فلا يشترط أن يكون في أيديهم، وهكذا ذكره في الكافي واستئجار الظئر من النوع الأول، وفيه نوع رابع وهو الإنكاح فيجوز من كل عصبة ومن ذوي الأرحام عند عدمهم عند أبي حنيفة، ولا يجوز من غيرهم وقد عرف في موضعه.

قال رحمه اللّه: (وتؤجره أمه فقط) معناه أن الصغير لا يؤجره أحد من هؤلاء الثلاثة إلا الأم فإنها تؤجره إذا كان في حجرها ولا يؤجره الأخ ولا العم ولا الملتقط، والفرق أن الأم تملك إتلاف منافعه بغير عوض بأن تستخدمه، ولا يملكه هؤلاء وهذه رواية الجامع الصغير، وفي رواية القدوري يجوز أن يؤجره الملتقط ويسلمه في صناعة فجعله من النوع الأوّل، وهذا أقرب لأن فيه ضرورة ونفعاً محضاً للصغير، **ولو آجر الصبي نفسه لا يصح** لأنه مشوب بالضرر إلا إذ فرغ من العمل لأنه تمحض نفعاً بعد الفراغ فيجب المسمى، وهو نظير لعبد المحجور عليه إذا أجر نفسه وقد ذكرناه من قبل، وإن كان الصغير في يد العم فأجرته أمه صح لأنه من الحفظ، هذا عند أبي يوسف رحمه اللّه، وقال محمد رحمه اللّه: لا يجوز.

(وذلك مثل البيع إلخ) سيجيء في الوصية أن الوصي لا يتجر في مال الصغير وتقدم في المزارعة أن الأب والوصي يملكان زراعة مال الصغير اهـ وأما إقراض مال اليتيم فمذكور في مسائل شتى اهـ قوله: **(ولو أجر الصبي نفسه لا يصح)** أي لا يلزم اهـ نهاية.

كتاب إحياء الموات

قال رحمه الله: (هي أرض تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها **أو لغلبته عليها** غير مملوكة بعيدة من العامر) هذا تفسير الموات من الأرض، وإنما سميت مواتاً إذا كانت بهذه الصفة لبطلان الانتفاع بها تشبيهاً لها بالحيوان إذا مات وبطل الانتفاع به، وأما تفسير الحياة فظاهر، والمراد من الحياة هنا الحياة النامية قال الله تعالى/: [٢٠٥ب/٣] ﴿فأحيينا به الأرض بعد موتها﴾ [فاطر: ٩٠]، وقوله: غير مملوكة أي في الإسلام لأن الميت على الإطلاق ينصرف إلى الكامل وكماله بأن لا يكون مملوكاً لأحد **لأنها إذا كانت مملوكة لمسلم أو ذمي** كان ملكه باقياً فيها لعدم ما يزيله **فلا تكون مواتاً، ثم إن عرف المالك فهي له** وإن لم يعرف كانت لقطة يتصرف فيها الإمام كما يتصرف في جميع اللقطات والأموال الضائعة، ولو ظهر لها مالك بعد ذلك أخذها وضمن له من زرعها إن نقصت بالزراعة وإلا فلا شيء عليه، وقال القدوري رحمه الله: فما كان منها عادياً أو كان مملوكاً في الإسلام لا يعرف له مالك بعينه، فمراده بالعاديّ ما قدم خرابه كأنه منسوب إلى عاد **لخرابه من عهدهم** وجعل المملوك في الإسلام إذا لم يعرف مالكه من الموات لأن حكمه كالموات حيث يتصرف فيه الإمام كما يتصرف في الموات لا لأنه موات حقيقة على ما بينا، وقوله: بعيدة من العامر هو قول أبي يوسف رحمه الله: وحدّ البعد أن يكون في مكان **بحيث لو وقف إنسان** في أقصى العامر فصاح بأعلى صوته لم يسمع منه فإنه موات، وإن كان يسمع فليس بموات لأنه فناء العامر فينتفعون به لأنهم يحتاجون إليه لرعي مواشيهم وطرح حصائدهم فلم يكن

كتاب إحياء الموات

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية من حيث أن في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره اهـ إتقاني رحمه الله تعالى. **قوله في المتن:** (**أو لغلبته عليها**) أي وما أشبه ذلك بأن تصير الأرض سبخة أو يغلب عليها الرمال اهـ **قوله:** (**لأنها إذا كانت مملوكة لمسلم أو ذمي**) أي وصارت خراباً وانقطع الماء عنها وارتفاق الناس بها من حيث المرعى والاحتطاب اهـ **قوله:** (**فلا يكون مواتاً**) أي حتى لا يملك بإذن الإمام عندهم جميعاً اهـ غاية. **قوله:** (**ثم إن عرف المالك فهي له**) أي أو لوارثه إن عرف اهـ **قوله:** (**لخرابه من عهدهم**) أي لا أن يكون منسوباً إلى عاد لأن جميع أراضي الموات لم تكن لعاد اهـ غاية. **قوله:** (**بحيث لو وقف**

انتفاعهم منقطعاً عنه ظاهراً **فلا يكون** مواتاً، وعند محمد رحمه الله يعتبر حقيقة الانتفاع حتى لا يجوز إحياء ما ينتفع به أهل القرية، وإن كان بعيداً ويجوز إحياء ما لا ينتفعون به وإن كان قريباً من العامر، وشمس الأئمة السرخسي اعتمد قول أبي يوسف.

قال رحمه الله: (**ومن أحياه** بإذن الإمام ملكه) **وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا: يملكه من أحياه** ولا يشترط فيه إذن الإمام لقوله عليه الصلاة والسلام: «من عمَّر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها»[١] رواه أحمد والبخاري، وقال عليه الصلاة والسلام: «من أحيا أرضاً ميتة فهي له»[٢] رواه أحمد والترمذي وصححه، ولأنه مباح سبقت يده إليه فكان أحق به كالماء والحطب والحشيش والصيد والركاز، ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه»[٣] ولأن هذه الأراضي كانت في أيدي الكفرة ثم صارت في أيدي المسلمين فصارت فيئاً، ولا يختص بالفيء أحد دون رأي الإمام كالغنائم بخلاف المستشهد به من الصيد وأمثاله لأنها لم تكن في أيدي الكفرة فلم تكن في حكم الفيء، ومرويهما **كان إذناً منه** عليه الصلاة والسلام **لا نصب شرع** كقوله عليه الصلاة والسلام: «من قتل قتيلاً فله سلبه»[٤] فإنه تحريض منه بالسلب لا نصب شرع على ما بيناه في موضعه، ثم إذا أحياها فهل هي خراجية أو عشرية فهي على ما بيناه في السير وبينا الاختلاف فيه، ولو تركها بعد الإحياء وزرعها غيره، قيل: الثاني أحق بها من الأوّل ملك

إنسان) أي جهوري الصوت اهـ غاية. **قوله: (فلا يكون)** أي القريب على مذهبه اهـ غاية. **قوله: (وشمس الأئمة اعتمد قول أبي يوسف)** يعني أخذ بقوله: وهو أن ما قرب من العامر لا يكون مواتاً وعليه اعتمد القدوري أيضاً اهـ غاية. **قوله في المتن: (ومن أحياه)** أي بأن كربه وسقاه اهـ **قوله: (وهذا عند أبي حنيفة)** وقد أخذ الطحاوي في مختصره بقول أبي حنيفة اهـ غاية. **قوله: (وقالا: يملكه من أحياه الخ)** والشافعي أخذ بقولهما اهـ غاية. **قوله: (كان إذناً منه)** أي لقوم معينين اهـ غاية. **قوله: (لا نصب شرع)** حتى يكون عاماً اهـ غاية. قوله: حتى يكون علماً أي كقوله عليه الصلاة والسلام: «من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف وليتوضأ»[٥] اهـ غاية. كل ما نقل عن الشارع على وجهين شرع وإذن بشرع فالأول قوله

---

(١) أخرجه البخاري في المزارعة (٢٣٣٥)، وأحمد في مسنده (٢٤٣٦٢).
(٢) أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٧٨)، وابو داود في الخراج (٣٠٧٣)، ومالك في الموطأ كتاب الأقضية (١٤٥٦)، وأحمد في مسنده (١٤٦٦٣٠).
(٣) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/ ٤٠٣٠).
(٤) تقدم تخريجه.
(٥) تقدم تخريجه.

استغلالها دون رقبتها، والأصح أن الأول أحق بها لأنه ملك رقبتها بالإحياء فلا تخرج عن ملكه بالترك، ولو أحيا أرضاً ميتة ثم أحيط الإحياء بجوانبه الأربعة من أربعة نفر على التعاقب، تعين طريق الأول في الأرض الرابعة في المروي عن محمد رحمه اللّه لأنه لما أحيا الجوانب الثلاثة تعين الجانب الرابع للاستطراق، ويملك الذمي بالإحياء كالمسلم لأنهما لا يختلفان في سبب الملك.

قال رحمه اللّه: (**وإن حجر لا**) أي إن حجر الأرض لا يملكها بالتحجير لأنه ليس بإحياء في الصحيح لأن الإحياء جعلها صالحة للزراعة، والتحجير للإعلام مشتق من الحجر **وهو المنع للغير** بوضع علامة من حجر أو بحصاد ما فيها من الحشيش والشوك، ونفيه عنها وجعله حولها أو بإحراق ما فيها من الشوك وغيره، وكل ذلك لا يفيد الملك فبقيت مباحة على حالها لكنه هو أولى بها، ولا تؤخذ منه إلى ثلاث سنين فإذا لم يعمرها فيها أخذها الإمام منه ودفعها إلى غيره لأنه إنما كان دفعها إليه ليعمرها فيحصل للمسلمين منفعة العشر أو الخراج، فإذا لم يحصل/ المقصود فلا [٢٠٦/ ٣/١] فائدة في تركها في يده وإنما قدر بثلاث سنين، لقول عمر رضي اللّه عنه: «ليس لمتحجرٍ بعد ثلاث سنين حق»[1] ولأن مدة الانتظار ينبغي أن تكون عامة حتى تشمل جميع المتحجرين، وذلك بالتقدير بثلاث سنين لأن المتحجر له أن يحتجر أيّ موضع شاء من دار الإسلام وأقصى دار الإسلام يقطع في سنة فيقدر بثلاث سنين سنة للذهاب وسنة للإياب وسنة لتدبير مصالحه فلا ينبغي لأحد أن يحيي ذلك الموضع حتى تمضي عليه ثلاث سنين، وهذا من طريق الديانة، وأما في الحكم فإذا أحياها غيره قبل مضيها ملكها لتحقق سبب الملك منه دون الأول، **ونظيره الاستيام** وحفر المعدن وإن حفر لها بئراً فهو تحجير وليس بإحياء وكذا إذا جعل الشوك حولها، ولو

ﷺ: «من قاء أو رعف وأنه كثير النظير والثاني قوله ﷺ: «من قتل قتيلاً فله سلبه». لأن السلب ليس للقاتل عندنا ما لم يقل الإمام من قتل قتيلاً فله سلبه ثم «قوله ﷺ: من أحيا أرضاً ميتة فهي له»، عندهما شرع وعند أبي حنيفة رحمه اللّه تعالى إذن بالشرع اهـ مشكلات خواهر زاده. **قوله في المتن:** (**وإن حجر**) بالتشديد ويجوز فيه التخفيف لأن المراد منع الغير من الإحياء، وفي المبسوط اشتقاق الكلمة من الحجر وهو المنع لأنه إذا أعلم في موضع الموات علامة فكأنه منع الغير من إحياء ذلك الموضع فسمي فعله تحجيراً اهـ مجتبى. **قوله:** (**وهو المنع**) أي لا من الحجر بفتح الجيم لأنه ليس بشرط اهـ مجتبى. **قوله:** (**ونظيره الاستيام**) أي على سوم غيره فإنه يكره، ولو فعل يجوز العقد اهـ **قوله:** (**أو**

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٩٠).

كربها **أو ضرب عليها المسناة** أو شق لها نهراً فهو إحياء كذا في المبسوط وذكر في الهداية، ولو كربها وسقاها فعن محمد رحمه اللّه أنه إحياء ولو فعل أحدهما يكون تحجيراً ولو سقاها مع حفر الأنهار كان إحياء لوجود الفعلين، ولو حوّطها وسنمها بحيث يعصم الماء يكون إحياء لأنه من جملة البناء وكذا إذا بذرها.

قال رحمه اللّه: (ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر) لتحقق حاجتهم إليه **تحقيقاً أو تقديراً على ما بينا** فصار كالنهر والطريق، **وعلى هذا قالوا**: ليس للإمام أن يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه، كالملح والآبار التي يستقي منها الماء.

قال رحمه اللّه: (**ومن حفر بئراً في موات فله حريمها أربعون ذراعاً من كل جانب**) لقوله عليه الصلاة والسلام: «**من حفر بئراً فله ما حولها أربعون ذراعاً**»، ولأن حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع بالبئر إلا بما حولها لأنه يحتاج إلى أن يقف على **شفير البئر** ليستقي الماء وإلى أن يبني على شفير البئر ما يركب عليه البكرة، وإلى أن يبني حوضاً يجتمع فيه الماء، وإلى موضع تقف فيه مواشيه حالة الشرب وبعده فقدره الشرع بأربعين ذراعاً، ثم قيل: الأربعون ذراعاً من الجوانب الأربعة من كل جانب عشر أذرع لأن ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الأربعة، والصحيح أن المراد أربعون ذراعاً من كل جانب لأن المقصود دفع الضرر عنه كيلا يحفر بئراً بجانبها فيتحول ماء البئر الأولى إلى الثانية، ولا يندفع هذا الضرر بعشرة أذرع من كل جانب فيقدر بأربعين كيلا تتعطل عليه المصالح، **ولا فرق في ذلك بين أن يكون البئر للعطن أو للناضح** عند أبي

ضرب عليها المسناة) والمسناة ما تبنى للسيل لتردّ الماء اهـ غاية. **قوله**: (**تحقيقاً أو تقديراً**) التحقيق عند محمد، والتقدير عند أبي يوسف اهـ من خط الشارح **قوله**: (**على ما بينا**) أي أول الباب اهـ **قوله**: (**وعلى هذا قالوا إلخ**) هكذا قال في الكافي اهـ **قوله في المتن**: (**ومن حفر بئراً في موات فله حريمها أربعون ذراعاً من كل جانب**) قال الولوالجي: والتقدير بأربعين في ديارهم لأن أراضيهم صلبة، أما أراضينا رخوة فيزاد على الأربعين متى احتاج إليه حتى لا تتعطل منفعة بئره لعل يحيي آخر فيحيي بئراً فوق الأربعين فيتحوّل الماء إليه لرخوه اهـ وكتب ما نصه قال الإتقاني: قال الطحاوي في مختصره: ومن حفر بئراً للعطن في أرض ميتة فملكها على ما ذكرنا من الاختلاف في الوجه الذي يملكها فله حريمها من كل جانب من جوانبها أربعون ذراعاً إلا أن يكون الحبل يتجاوز أربعين فيكون له إلى ما يتناهى إليه الحبل، وإن كان بئر ناضح فحريمها ستون ذراعاً من كل جانب من جوانبها إلا أن يكون الحبل يتجاوز الستين فيكون له إلى منتهى حبلها إلى هنا لفظ الطحاوي اهـ وكتب على قوله: فله حريمها ما نصه حريم البئر نواحيه اهـ غاية. **قوله**: (**من حفر بئراً فله ما حولها أربعون ذراعاً**) عطناً لماشيته اهـ غاية. قال الإتقاني: والعطن والمعطن مناخ الإبل ومبركها اهـ **قوله**:

حنيفة رحمه الله، وعندهما إن كانت للعطن فأربعون ذراعاً، وإن كانت للناضح فحريمها ستون ذراعاً، لقوله عليه الصلاة والسلام: «حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعاً، وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً»[١] لأن استحقاق الحريم باعتبار الحاجة وحاجة بئر الناضح أكثر لإنه يحتاج إلى موضع يسير فيه الناضح وهو البعير، وقد يطول الرشاء، وفي بئر العطن يستقي بيده فلا بد من التفاوت بينهم وله ما روينا من غير فصل، ومن أصله أن العام المتفق على قبوله والعمل به يرجح على الخاص المختلف في قبوله والعمل به، ولهذا رجح قوله عليه الصلاة والسلام: «ما أخرجته الأرض ففيه العشر»[٢] على قوله وليس فيما دون خمسة أوسق صدقة، وعلى قوله عليه الصلاة والسلام: «ليس في الخضراوات صدقة»[٣] ورجح أصحابنا كلهم قوله عليه الصلاة والسلام: «التمر بالتمر مثلاً بمثل»[٤] على خبر العرايا، ولا يقال: المراد بما روى البئر للعطن بدليل سياقه عطناً لماشيته. لأنا نقول: ذكر العطن فيه للتغلب لا للتقييد به مثل قوله تعالى: ﴿وذروا البيع﴾ [الجمعة: ٩] وكقوله تعالى: ﴿الذين يأكلون الربا﴾ [البقرة:٢٧٥] يتناول جميع الاشتغال والمنافع والتقييد بالبيع أو الأكل لكونه غالباً، ولأن استحقاق الحريم حكم ثبت بالنص على خلاف القياس لأن استحقاقه باعتبار عمله، وعمله في موضع البئر خاصة فلا يستحق فيما وراءه ولكنا تركنا القياس بالنص فبقدر ما اتفق عليه الآثار يثبت الاستحقاق فيه، وما زاد على ذلك أخذنا فيه بالقياس حتى لا يثبت الاستحقاق بالشك، ولأنه يستقى / [٢٠٦ب/٣] من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما، ولأنه يمكنه أن يدير البعير حول البئر ولا يحتاج إلى الزيادة.

قال رحمه الله: (وحريم العين خمسمائة) أي خمسمائة ذراع لما روينا، ولأن العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري إليه ومن موضع يجري منه إلى المزرعة فقدّره الشارع بخمسمائة، ولا مدخل للرأي في المقادير فاقتصر عليه، ثم قيل: وهو خمسمائة من الجوانب الأربعة من كل جانب

(**شفير البئر**) قال في المغرب: وشفير البئر أو النهر حرفه اهـ **قوله**: (**ولا فرق في ذلك بين أن يكون البئر للعطن أو للناضح**) والمراد من بئر العطن التي يستقى منها باليد، ومن بئر الناضح التي يستقي منها بالبعير كذا قالوا اهـ غاية. وسيأتي ذلك قريباً في كلام الشارح اهـ **قوله**:

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٢٩٢).

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٢/ ٣٨٤) وقال غريب بهذا اللفظ.

(٣) أخرجه الترمذي في الزكاة (٦٣٨).

(٤) تقدم تخريجه.

مائة وخمسة وعشرون ذراعاً والأصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب، **والذراع هي المكسرة** وهو ست قبضات، وكان ذراع الملك سبع قبضات فكسر منه قبضة، وفي الكافي قيل: إن التقدير في البئر والعين **بما ذكرنا** لصلابتها، وفي أراضينا يزاد لرخاوتها لئلا يتحوّل الماء إلى الثانية فتتعطل الأولى.

قال رحمه اللّه: (فمن حفر في حريمها منع منه) لأنه صار ملكاً لصاحب البئر ضرورة تمكنه من الانتفاع بها فكان الحافر متعدياً بالحفر في ملك غيره، **فإذا حفر رجل** في حريمه كان للأول أن يكبسه لما ذكرنا أنه متعد فيه فكان له أن يمنعه ويزيل تعدّيه، ولو أراد أن يأخذ الثاني بحفره كان له ذلك لأنه أتلف ملكه بالحفر، ثم

(والذراع هي المكسرة) أي وهي ذراع العامة وهي ذراع الكرباس أقصر من ذراع المساحة التي هي ذراع الملك، لأن ذراع المساحة سبع قبضات مع ارتفاع الإبهام في كل مرة، وذراع الكرباس سبع قبضات بدون ارتفاع الإبهام وهذا هو اختيار خواهر زاده وبعضهم اختار ذراع المساحة لأنها أليق بالممسوحات، هكذا ذكر أصحابنا ذراع المساحة، ولكن فيه نظر لأن أصحاب المساحة ذكروا في كتبهم أن الذراع هي الهاشمية وهي ثمان قبضات والقبضة أربع أصابع، والإصبع ست شعيرات بطون بعضها ملاصقة لظهور بعض، والشعيرة ست شعرات من شعر البرذون اهـ غاية. **قوله: (بما ذكرنا)** أي من الأربعين في البئر والخمسمائة في العين اهـ **قوله: (فإذا حفر رجل إلخ)** قال الإتقاني: فلو احتفر آخر بئراً في حريم الأول فللأول أن يكبسها تبرعاً ويصلح ما أفسد من الأرض، ولو أراد مؤاخذة الثاني بذلك فله ذلك لكن اختلف المشايخ فيه قيل: يأمر الحافر الثاني بكبس بئر حفرها إزالة لجناية حفره، كما إذا ألقى كناسة في أرض غيره تعدياً يؤمر برفعها، وقيل: يضمنه النقصان كما يكنسه بنفسه تقوّم الأرض بلا حفر، ومع الحفر فيضمنه نقصان ما بينهما كما إذا هدم جدار غيره حيث يضمنه نقصان الهدم ثم يبنيه بنفسه، ذكره الخصاف في أدب القاضي ولفظ الخصاف في الباب الحادي والعشرين من أدب القاضي، وإن ادَّعى على رجل أنه حفر في أرضه حفرة أضر ذلك بحفره أراد استحلافه على ذلك فإنما عليه النقصان في ذلك ويستحلفه القاضي على الحاصل باللّه ما له عليك الذي ادَّعاه وهو كذا وكذا، ولا يحلفه على السبب إلى هنا لفظ الخصاف ثم لا ضمان فيما عطب في البئر الأولى سواء أحياها بإذن الإمام أو بغير إذنه عندهم جميعاً، وهذا لا يشكل على قولهما لأن له أن يحفر بدون إذن الإمام ولهذا ملك البئر في الحالين، فإذا كان له ولاية الحفر لا يكون متعدياً فلا يضمن ما تولد من حفره كما لو حفر في داره، وكذلك لا إشكال في قول أبي حنيفة، إن كان حفر بإذن الإمام، أما إذا كان حفرها بلا إذن الإمام ففيه إشكال على قوله وحله أن يقال: له ولاية التحجير بغير إذن الإمام، وإن لم يكن له الإحياء بغير إذنه فيجعل حفره بغير إذن الإمام تحجيراً لا إحياء فإذا كان كذلك فقد فعل ما له فعله فلا يكون متعدياً فلا يضمن ما تولد منه، وما عطب في

اختلفوا فيما يؤاخذه به قيل: بكبسه لأنه إزالة تعدّيه كما إذا وضع شيئاً في ملك غيره وقيل: يضمنه النقصان وليس له أن يكلفه الكبس بل يكبسه بنفسه **كما إذا هدم جدار غيره** كان لصاحبه أن يؤاخذه بقيمته لا ببناء الجدار وهو الصحيح، وما عطب في البئر الأولى فلا ضمان عليه لأنه غير متعد في حفرها، أما إذا كان بإذن الإمام فظاهر، وكذ إذا كان بغير إذنه عندهما، وأما عنده فيجعل الحفر تحجيراً وله ذلك بغير إذن الإمام، وإن لم يثبت له الملك إلا بإذنه، وما عطب في الثانية فهو مضمون على الثاني لأنه متعد بحفره في ملك غيره ولو حفر الثاني بئراً في منتهى حريم البئر الأولى بإذن الإمام فذهب ماء االبئر الأولى، وتحوّل إلى الثانية فلا شيء عليه لأنه غير متعدٍ في فعله والماء تحت الأرض غير مملوك لأحد فلا يكون له المخاصمة بسببه، كمن بنى حانوتاً بجنب حانوت غيره فكسد الأول بسببه، وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الأول لسبق ملك الأول فيه.

قال رحمه اللّه: **(وللقناة حريم بقدر ما يصلحه)** القناة مجرى الماء تحت الأرض

البئر الثاني يضمنه هو عندهم جميعاً لأنه متعدّ في هذا الحفر فإنه حفر في ملك الأول بغير إذنه فصار كما إذا حفر على قارعة الطريق اهـ إتقاني. **قوله: (كما إذا هدم جدار غيره)** قال في القنية: بعد أن رقم لبرهان الدين صاحب المحيط هدم جدار غيره فيقوّم جداره مع جدرانها ويقوّم بدون هذا الجدار فيضمن فضل ما بينهما ثم رقم للأجناس، وقال: هدم حائط مسجد يؤمر بتسويته وإصلاحه، وفي حائط الدار يضمن النقصان وعن محمد بن الفضل إن هدم حائطاً متخذاً من خشب أو عتيقاً من رهص يضمن قيمته، وإن كان حديثاً يؤمر بإعادته كما كان، وفي درر الفقه يؤاخذ في هدم الحائط بالبناء لا بالنقصان ثم رقم للمحيط، وقال: يؤاخذ بالقيمة، وقيل: بالبناء اهـ قال الإمام قاضيخان رحمه اللّه من كتاب الحظر في فتاواه: رجل حفر بئراً في فناء قوم روى ابن رستم أنه يؤمر بتسويته ولا يضمن النقصان، ولو هدم حائط المسجد كذلك أمر بتسويته ولا يضمن النقصان ولو هدم حائطاً لدار رجل ملكاً له أو حفر فيها بئراً يضمن النقصان ولا يؤمر بالتسوية ولا ببناء الحائط اهـ وكتب ما نصه إذا هدم جدار غيره لا يجبر على بنائه، والمالك بالخيار إن شاء ضمنه قيمة الحائط والنقض للضامن وإن شاء أخذ النقض وضمنه النقصان، وقال بعض العلماء: إن كان الحائط جديداً فعليه الإعادة، وإن كان خلقاً عتيقاً لا تجب عليه الإعادة لأنه لو أعاده لكان أفضل من الأول وضمان العدوان مقيد بالمثل اهـ إستروشني. **قوله في المتن: (وللقناة حريم بقدر ما يصلحه)** يعني إذا أخرج قناة في أرض موات فهي بمنزلة البئر فلها من الحريم ما للبئر، كذا قال في الأصل: ولم يزد على هذا وقال في الشامل: القناة لها حريم مفوّض إلى رأي الإمام لأنه لا نص في الشرع، وقال المشايخ: هذا الذي ذكره في الأصل قولهما، وعند أبي حنيفة

ولم يقدّر حريمه بشيء يمكن ضبطه، وعن محمد رحمه اللّه أنه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم، وقيل: هذا عندهما، وعند أبي حنيفة رحمه اللّه لا حريم له ما لم يظهر على وجه الأرض لأنها نهر في الحقيقة فتعتبر بالنهر، قالوا: عند ظهور الماء بمنزلة عين فوّارة فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع، وحريم شجر يغرس في الأرض الموات خمسة أذرع حتى لا يملك غيره أن يغرس شجراً في حريمه لأنه يحتاج إلى الحريم لجذاذ ثمره وللوضع فيه، وروي أن رجلاً غرس شجرة في أرض فلاة فجاء آخر فأراد أن يغرس شجرة أخرى بجنبها فاختصما إلى النبي ﷺ فجعل له عليه الصلاة والسلام «من الحريم خمسة أذرع وأطلق للآخرفيما وراء ذلك»[1].

قال رحمه اللّه: (وما عدل عنه الفرات ولم يحتمل عوده إليه فهو موات) لأنه ليس في ملك أحد وجاز إحياؤه إذا لم يكن حريماً لعامر.

قال رحمه للّه: (وإن احتمل عوده إليه لا يكون مواتاً) لتعلق حق العامة به على تقدير رجوع الماء إليه لأن الماء حقهم لحاجتهم إليه.

قال رحمه اللّه: (ولا حريم للنهر) وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقالا: له حريم من الجانبين لأن استحقاق الحريم للحاجة وصاحب النهر يحتاج إليه كصاحب البئر والعين، وهذا لأنه يحتاج إلى المشي على حافتي النهر ليجري الماء إذا احتبس بشيء وقع فيه، إذا لا يمكنه المشي في وسط الماء، وكذا يحتاج إلى موضع يلقي عليه الطين عند الكري كما في النقل إلى أسفله وفيه من الحرج ما لا يخفى، وله أن استحقاق / الحريم في البئر والعين ثبت نصاً بخلاف القياس فلا يلحق بهما ما ليس [٢٠٧/أ/٣] في معناهما لأن الحاجة فيهما متحققة في الحال إذ الانتفاع بهما لا يتأتى بدون الحريم، وفي النهر موهومة باعتبار الكري فلعله لا يحتاج إليه أصلاً، نعم يلحقه بعض الحرج في نقل الطين والمشي في وسط النهر إلى أسفله لكنه دون الحرج فيهما فلا يمكن إلحاقه بهما إذ شرط القياس أن يكون الفرع نظير الأصل، ألا ترى أن من بنى قصراً في الصحراء لا يستحق لذلك حريماً، وإن كان يحتاج إليه لإلقاء الكناسة فيه لأنه يمكن الانتفاع بالقصر بدون الحريم، ولا يقاس على البئر لأن حاجته إليه دون حاجة صاحب البئر إلى الحريم، فإذا لم يستحق فإن تنازع في الحريم صاحب الأرض وصاحب النهر وكل منهما يقول حريم النهر ملكي كان ذلك لصاحب الأرض عنده لأن الظاهر يشهد له وعندهما لما كان لصاحب النهر حريم كان الظاهر شاهداً له فكان القول قوله، فكانت هذه المسألة مبنية على استحقاق الحريم وعدمه لأنه مبني على ثبوت اليد في الحريم، وعدم ثبوتها فيه فمن كانت يده ثابتة فيه كان الظاهر

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤ / ٢٩٢).

شاهداً له، وإن كانت مسألة مبتدأة فوجه قولهما: **إن صاحب النهر** مستعمل للحريم لاستمساك مائه به والاستعمال يد فيه فكان القول قوله، كما لو تنازعا في ثوب وأحدهما لابسه كان القول: له لأنه صاحب يد بالاستعمال، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن الحريم أشبه بالأرض صورة ومعنى لاتحاد المقصود فيهما والظاهر شاهد لمن في يده ما هو أشبه به، كما لو تنازعا في مصراع باب ليس هو في يدهما والمصراع الآخر مركب على باب دار أحدهما كان القول له فكذا هذا، ولو كان صاحب النهر مستعملاً له بإمساك مائه به كان صاحب الأرض أيضاً مستعملاً له بدفع الماء به عن أرضه فاستويا من هذا الوجه، وترجح صاحب الأرض من الوجه الذي ذكرنا فكان الحريم له فيغرس ما بدا له من الأشجار ولكن ليس له أن يهدمه لأن صاحب الأرض تعلق له به حق حيث يستمسك ماؤه بذلك فلا يكون له إبطاله، كما إذا كان حائط لرجل ولآخر عليه جذوع ليس له أن يهدم حائطه لما فيه من إبطال حقه، وفي الجامع الصغير نهر لرجل إلى جنبه مسناة وأرض لآخر خلف المسناة ليس في يد أحدهما بأن لم يكن لأحدهما عليه غرس، ولا طين ملقى لصاحب النهر فادّعى صاحب الأرض المسناة وادّعاها صاحب النهر أيضاً فهي لصاحب الأرض عند أبي حنيفة رضي اللّه عنه، **وقالا**: لصاحب النهر حريم لملقى طينه **وغير ذلك** فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف وهو أن يكون الحريم موازياً للأرض لا فاصل بينهما، وأن لا يكون الحريم مشغولاً بحق أحدهما معيناً معلوماً، وإن كان فيه أشجار ولا يدري من غرسها فهو على هذا الاختلاف أيضاً، وكذا قيل: إلقاء الطين على الخلاف، والصحيح أنه لصاحب النهر ما لم يفحش، ثم إذا كان الحريم لأحدهما أيهما كان لا يمنع الآخر من الانتفاع به على وجه لا يبطل حق مالكه كالمرور فيه وإلقاء الطين عليه ونحو ذلك بذلك جرت العادة، ولا يغرس فيه إلا المالك لأنه يبطل حقه، وقال الفقيه أبو جعفر: آخذ بقوله في الغرس وبقولهما: في القاء الطين، ثم عند أبي يوسف رحمه اللّه حريمه قدر نصف بطن النهر من كل جانب وهو اختيار الطحاوي، وعند محمد رحمه اللّه مقدار بطن النهر من كل جانب وهو اختيار الكرخيّ، وذكر في كشف الغوامض أن الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه رحمهم اللّه في نهر كبير لا يحتاج فيه إلى الكري في كل حين، أمّا الأنهار الصغار يحتاج فيه إلى كريها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق واللّه أعلم.

لا حريم لها اهـ غاية. **قوله: (لأن صاحب النهر)** كذا هو في الكافي، وفي خط الشارح **لأن** صاحب الأرض فتأمل اهـ **قوله: (وقالا)** هي اهـ غاية. قوله: هي أي المسناة اهـ **قوله: (وغير ذلك)** إلى هنا لفظ الجامع اهـ

مسائل الشرب

قال رحمه الله: (هو نصيب الماء) أي الشرب بالكسر نصيب الماء **والصواب** نصيب من الماء قال الله تعالى: ﴿لها شرب ولكم شرب يوم معلوم﴾ [الشعراء: ١٥٥] أي نصيب.

[٢٠٧/ب/٣] قال رحمه الله: (الأنهار العظام كدجلة والفرات غير مملوك/ ولكل أن يسقي أرضه و يتوضأ به ويشربه وينصب الرحى عليه ويكري نهراً منها إلى أرضه إن لم يضر بالعامة) أما الدليل على كونها غير مملوكة فلأن هذه الأنهار ليس لأحد فيها يد على الخصوص، لأن قهر الماء يمنع قهر غيره فلا يكون محرزاً، والملك بالإحراز وإذا لم يكن مملوكاً لأحد كان لكل أحد أن ينتفع به، **لقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون شركاء في ثلاثة** في الماء والكلأ والنار»[1] رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه من حديث ابن عباس رضي الله عنهما، والمراد بالماء ما ليس بمحرز فإذا أحرز فقد ملك فخرج من أن يكون مباحاً كالصيد إذا أحرز فلا يجوز لأحد أن ينتفع به إلا بإذنه وشرط لجواز الانتفاع به أن لا يضر بالعامة فإن كان يضر بالعامة بأن يميله بالكري أو نصب الرحى فليس له ذلك، لأن الانتفاع بالمباح لا يجوز إلا إذا كان لا يضر بأحد كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء، والمراد بالكلأ الحشيش الذي ينبت بنفسه من غير أن ينبته أحد ومن غير أن يزرعه ويسقيه فيملكه من قطعه وأحرزه وإن كان في أرض غيره،

مسائل الشرب

قوله: (والصواب إلخ) أقول: كان الشارح سامحه الله تعالى توهم أن الإضافة في كلام المصنف بمعنى اللام كغلام زيد ونصيب زيد فبادر إلى تخطئة المصنف لعدم ظهور استقامته، حينئذ إذ الماء لا نصيب له وهذه غفلة عظيمة من الشارح فإن الإضافة في كلام المصنف ليست بمعنى اللام بل بمعنى من لصدق تعريفها عليه، وهو أن يكون المضاف بعضاً من المضاف إليه وصالحاً لحمله عليه كخاتم حديد وباب ساج فالخاتم بعض الحديد والباب بعض الساج والنصيب بعض الماء، ويجوز أن يخبر عن المضاف وهو الحديد والساج والماء بالمضاف إليه فيقال الخاتم حديد، والباب ساج والنصيب ماء فظهر لك أن ما قاله المصنف هو الصواب وما قاله الشارح من الخطأ العجاب والله الموفق اهـ **قوله: («لقوله ﷺ: المسلمون شركاء في ثلاثة» إلخ)** شركة إباحة لا شركة ملك فمن سبق إلى أخذ شيء من ذلك في وعاء أو غيره وأحرزه فهو أحق به، وهو ملك له دون ما سواه يجوز له تمليكه بجميع وجوه التمليك وهو موروث عنه، ويجوز فيه وصاياه كما يجوز في أملاكه اهـ إتقاني. **قوله:**

---

(١) تقدم تخريجه.

والمراد بالنار الاستضاءة بضوئها والاصطلاء بها والإيقاد من لهبها وليس لصاحبها أن يمنع من ذلك إن كانت في الصحراء، بخلاف ما لو أراد غيره أن يأخذ الجمر لأنه ملكه ويتضرر بذلك فكان له منعه كسائر أملاكه إلا إذا لم يكن له قيمة.

قال رحمه الله: (وفي الأنهار المملوكة والآبار والحياض لكل شربه وسقي دوابه لا أرضه، وإن خيف تخريب النهر لكثرة البقور يمنع) وإنما كان له حق الشرب وسقي الدابة فيه لما روينا، ولأن الأنهار والآبار والحياض لم توضع للإحراز والمباح لا يملك إلا بالإحراز فصار كالصيد إذا تكنس في أرض إنسان، ولأن الحاجة إلى الماء تتجدد ساعة فساعة، ومن سافر لا يمكنه أن يستصحب ما يكفيه إلى أن يرجع إلى وطنه فيحتاج إلى أن يأخذ الماء من الآبار والأنهار التي تكون على طريقه لنفسه ودابته وصاحبه لا يتضرر بذلك القدر فلو منع من ذلك لحقه حرج عظيم وهو مدفوع شرعاً، بخلاف سقي الأراضي حيث يمنع صاحب الماء عنه وإن لم يكن عليه بذلك ضرر وهو المراد بقوله: لا أرضه لأن في إباحة ذلك إبطال حق صاحبه إذ لا نهاية لذلك فيذهب به منفعته فيلحقه به ضرر، ولا كذلك شربه وسقي دابته لأنه لا يلحقه بمثله ضرر عادة حتى لو تحقق فيه الضرر **بكسر ضفته** أو غيره كان له المنع، وهو المراد بقوله: وإن خيف تخريب النهر لكثرة البقور يمنع لأن الحق لصاحبه على الخصوص، وإنما أثبتنا حق الشرب لغيره للضرورة فلا معنى لإثباته على وجه يتضرر به صاحبه إذ به تبطل منفعته.

(والمراد بالنار الاستضاء والاصطلاء بها) قال الإتقاني رحمه الله: فأما الشركة في النار فبيانه ما قاله شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح كتاب الشرب: وهو أن الرجل إذا أوقد ناراً في مفازة فإن هذه النار تكون شركة بينه وبين الناس أجمع حتى لو جاء إنسان وأراد أن يستضيء بضوء هذه النار أو أراد أن يحيط ثوباً له حول النار أو يصطلي بها في زمان البرد أو يتخذ منه سراجاً لا يكون لصاحب النار منعه إلا أن يكون أوقد النار في موضع مملوك له، فإن له أن يمنعه من الانتفاع بملكه لا بالنار، فأمّا إذا أراد أن يأخذ من فتيله سراجه أو شيئاً من الجمرة فإن لصاحب النار أن يمنعه من ذلك لأنه ملكه، ولو أطلقناه للناس لم يبق له نار يصطلي بها ويخبز بها وهذا لا وجه له اهـ حكم الكلأ ذكره الشارح في البيع الفاسد عند قوله والمراعي وإجارتها اهـ **قوله: (بكسر ضفته)** أي ضفة النهر وهي حافته ورواها صاحب المغرب بكسر الضاد وفتحها جميعاً، وفي الديوان بالكسر جانب النهر وبالفتح

قال رحمه اللّه: (والمحرز في الكوز والحب لا ينتفع به إلا بإذن صاحبه) لأنه ملكه بالإحراز فكان أخص به كالصيد إذا أخذه لكن فيه شبهة الشركة لظاهر ما روينا فيعمل فيما يسقط بالشبهة حتى لو سرقه في موضع يعز الماء فيه وهو يساوي نصاباً لم تقطع يده، ولا كذلك قوله تعالى: ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾ [البقرة: ٢٩]، حيث لا يورث شبهة لأنه لم يجئ بلفظ الشركاء فلم يمنع اختصاص البعض بالبعض، ألا ترى أنه يقال: هذا المال لأهل بلد كذا، وإن كان يختص كل واحد منهم بماله، ولا يقال: هم شركاء فيه إلا إذا كان هو مشتركاً بينهم، ولا يختص بعضهم بشيء منه ولأنه لو أورث مثله شبهة لانسدّ باب إقامة الحدود كلها حتى حدّ الزنا، ولو كانت البئر أو الحوض أو النهر في ملك رجل فله أن يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه إذا كان يجد ماء بقربه، فإن لم يجد يقال له إما أن تخرج الماء إليه أو تتركه بشرط أن لا يكسر ضفته لأن له حق الشفة في الماء الذي في حوضه عند الحاجة، قيل: هذا إذا احتفر في أرض مملوكة له، أما إذا احتفر في أرض موات فليس/ له منعه لأن الموات كان حقاً للكل، والإحياء لحق مشترك وهو العشر أو [٢٠٨/أ/٣] الخراج فلا يقطع الشركة، وحكم الكلأ حكم الماء **حتى إذا كان في أرض مملوكة قيل** للمالك: إما أن تقطع وتدفع إليه وإلا تتركه ليأخذ قدر ما يريد منه، ولو منعه الماء وهو يخاف على نفسه ودابته العطش، كان له أن يقاتله بالسلاح لأثر عمر رضي اللّه عنه، ولأنه قصد إتلافه بمنع الشفة وهو حقه لأن الماء في البئر والنهر ونحوهما **مباح غير مملوك**، وإن كان الماء محرزاً في الأواني فليس للذي يخاف الهلاك من العطش أن يقاتله بالسلاح، وله أن يقاتله بغير السلاح إذا كان فيه فضل من صاحبه لأنه ملكه بالإحراز فصار نظير الطعام حالة المخمصة، وفي الكافي قيل: في البئر ونحوها الأولى أن يقاتله بغير سلاح لأنه ارتكب معصية فصار ذلك بمنزلة التعزير، وهذا يشير إلى أنه يجوز أن يقاتله بسلاح حيث جعل الأولى أن لا يقاتله به فيكون موافقاً لما ذكرنا، والشفة إذا كانت تأتي على الماء كله بأن كان جدولاً صغيراً، وفيما يرد عليه من المواشي كثرة ينقطع الماء اختلفوا فيه، قال بعضهم: لا يمنع منه لإطلاق ما روينا، وقال أكثرهم: له أن يمنع لأنه يلحقه ضرر بذلك كسقي الأرض، ولهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب في الأصح، **وقال بعضهم**: يتوضأ في النهر ويغسل

جماعة الناس اهـ غاية. **قوله: (حتى إذا كان في أرض مملوكة)** نقول: إن كان يجد المريد للكلأ في موضع آخر غير مملوك لأحد قريب من ذلك الموضع، يقال له: خذ من ذلك وإن لم يجد اهـ إتقاني. **قوله: (** [illegible] **اح غير مملوك)** قال الإتقاني: لأن الماء في البئر والعين لم يصر

الثياب فيه قلنا في ذلك حرج بيِّن فيدفع ولو أراد أن يسقي شجراً أو خضراً في داره وحمل الماء إليه بالجرة كان له ذلك، قال بعض أئمة بلخ: ليس ذلك إلا بإذن صاحب النهر، والأول أصح لأن الناس يتوسعون ويعدون المنع منه من الدناءة، قال عليه الصلاة والسلام: «إن اللّه يحب معالي الأمور **ويبغض سفسافها**»[1]، وليس له أن يسقي نخيله وأرضه وشجره من نهر غيره وبئره وقناته إلا بإذنه نصاً وله أن يمنع من ذلك، لأن الماء لما دخل في المقاسمة انقطعت شركة الشرب بالكلية إذ لو بقيت لانقطع شرب صاحبه، ولأنه لو جاز ذلك لحفر نهراً إلى أرضه فيفضي إلى كسر ضفته وإلى الحفر في حريم بئره لتسييل الماء إلى أرضه ويلحقه بذلك ضرر عظيم فيمنع منه أصلاً فصار في الحاصل المياه ثلاثة أنواع الأنهر العظام التي لم تدخل في ملك أحد والأنهار التي هي مملوكة وما صار في الأواني فقد ذكرنا حكم كل واحد منها بتوفيق اللّه تعالى.

قال رحمه اللّه: (وكري نهر غير مملوك من بيت المال) لأن ذلك لمصلحة العامة ومال بيت المال معدّ لها فكان مؤنة الكري منه.

قال رحمه اللّه: (فإن لم يكن فيه شيء يجبر الناس على كريه) إي إن لم يكن في بيت المال شيء أجبر الإمام الناس على كريه لأن الإمام نصب ناظراً، وفي تركه ضرر عظيم على الناس وقلما ينفق العوام على المصالح باختيارهم فيجبرهم عليه، وفي نظيره قال عمر رضي اللّه عنه: لو تركتم لبعتم أولادكم إلا أنه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم كما في تجهيز الجيوش.

قال رحمه اللّه: (وكري ما هو مملوك على أهله ويجبر الآبي على كريه) لأن منفعته لهم على الخصوص فتكون مؤنته عليهم لأن الغرم بالغنم، ومن أبى منهم يجبر لما ذكرنا، وقيل: إن كان خاصاً لا يجبر **والفاصل بين الخاص والعام** أن ما يستحق

ملكاً لمالكها لأنه لم يوجد منه إحراز فبقي مشتركاً بين الناس اهـ **قوله: (وقال بعضهم: يتوضأ إلخ)** واختلفوا في التوضؤ بماء الساقية قال بعضهم: يجوز وقال بعضهم: إن كان الماء كثيراً يجوز وإلا فلا، وكذا كل ما أعدّ للشرب حتى قالوا: في الحياض التي أعدّت للشرب لا يجوز فيه التوضؤ ويمنع منه هو الصحيح ويجوز أن يحمل ماء السقاية إلى بيته للشرب، كذا في الفتاوى اهـ إتقاني. **قوله: (ويبغض سفسافها)** السفساف الأمر الحقير والرديء من كل شيء وهو ضد المعالي والمكارم، وأصله ما يطير من غبار الدقيق إذ نخل والتراب إذا أثير اهـ ابن الأثير. **قوله: (والفاصل بين الخاص والعام إلخ)** قال الإتقاني: وجعل محمد الحد الفاصل بين العام والخاص استحقاق الشفعة فقال: الخاص من النهر ما لو بيعت أرض على

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (١/ ١١٢)، والبيهقي في سننه (١٠/ ١٩١).

به الشفعة خاص، وما لا يستحق به عام، ووجه الفرق بينهما أن في العام دفع الضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء، ومثل هذا جائز بإلزام الضرر الخاص بل واجب إذا تعين مدفعاً فبدون الضرر أولى، لأن الآبي لا يلحقه بذلك ضرر بل يحصل له نفع بمقابلته فأمكن إجباره عليه، بخلاف ما إذ كان خاصاً لأنه ليس فيه دفع ضرر عام وإنما فيه دفع ضرر خاص وهو ضرر شركائه فلا يلزمه الضرر الخاص لدفع الضرر الخاص لأنهما استويا، ويمكن دفع ضرر شركائه بدون ذلك بأن يرجعوا عليه بحصته من المؤنة إذا كان ذلك بأمر القاضي، بخلاف ما إذا كان عاماً لأنه لا يمكنه الرجوع عليهم لكثرتهم، وربما لا تقبل المؤنة القسمة عليهم ولا يدري/ حصة كل واحد منهم، ولا يقال: في كري [٢٠٨ ب/٣] النهر الخاص إحياء حقوق أهل الشفة فيكون في تركه ضرر عامّ، لأنا نقول: لا جبر لأجل حق أهل الشفة، ألا ترى أن أهل الشرب كلهم لو امتنعوا عن الكري لا يجبرهم في ظاهر المذهب لأنهم امتنعوا عن عمارة أراضيهم، ولو كان حق الشفة معتبراً لأجبروا لدفع الضرر العام.

قال رحمه اللّه: (ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من أعلاه فإن جاوز أرض رجل برئ) **وهذا عند أبي حنيفة** رحمه اللّه وقالا: مؤنة الكري عليهم جميعاً من أوّل النهر إلى آخره بالحصص لأن كل واحد منهم ينتفع بالأسفل كما ينتفع بالأعلى لأنه يحتاج إلى تسييل الفاضل من الماء فإنه إذا سدّ عليه فاض الماء على أرضه وأفسد زرعه فتبين أن كل واحد منهم ينتفع بالنهر من أوّله إلى آخره، فلهذا يستوون في استحقاق الشفعة به فإذا استووا في الغنم وجب أن يستووا في الغرم، ولأبي حنيفة رحمه اللّه إن مؤنة الكري على من ينتفع بالنهر ويسقي الأراضي منهم، فإذا جاوز الكري أرض رجل فليس له في كري ما بقي منفعة فلا يلزمه شيء من مؤنته، وبانتفاعه في أسفل من حيث إجراء ما فضل من الماء فيه لا يلزمه شيء من عمارة ذلك الموضع، ألا ترى أن من له حق تسييل ماء سطحه على سطح جاره لا يلزمه عمارة ذلك الموضع باعتبار تسييل الماء فيه، ولأنه يتمكن من دفع ضرر الماء عنه يسدّ فوهة النهر من أعلاه إذا استغنى عنه فلا يحتاج إلى الكري من أسفل، وزعم بعض أصحابنا أن الكري إذا انتهى إلى فوهة أرضه من النهر فليس عليه شيء من

هذا النهر كان لجميع أهل النهر حق الشفعة، فيحتاج إلى أن يذكر الحدّ الفاصل بين الشركة العامة والخاصة في الشفعة، واختلف المشايخ في تحديد ذلك ولكن أحسن ما قيل فيه من التحديد: هو أن الشركاء في النهر إن كانوا ما دون المائة فالشركة خاصة تستحق بها الشفعة، وإن كانوا مائة فصاعداً فالشركة عامة لا تجب الشفعة للكل، وإنما تكون للجار اهـ **قوله: (وهذا عند أبي حنيفة)** وفي الخانية الفتوى على قوله اهـ ابن فرشتا.

المؤنة، والأصح أن عليه مؤنة الكري إلى أن يجاوز حدّ أرضه وإليه أشار في الأصل لأن له أن يتخذ الفوهة من أيّ موضع شاء من أرضه إن شاء من أعلى وإن شاء من أسفل فكان منتفعاً بالكري انتفاع سقي الأرض ما لم يجاوز حدّ أرضه.

قال رحمه اللّه: **(ولا كري على أهل الشفة)** لأنهم لا يحصون إذ أهل الدنيا كلهم لهم حق الشفة ومؤنة الكري لا تجب على قوم لا يحصون ولأن المقصود من حفر الأنهار ونحوها سقي الأراضي وأهل الشفة أتباع والمؤنة تجب على الأصول دون الأتباع وهذا لا يستحقون به الشفعة.

قال رحمه اللّه: (وتصح دعوى الشرب بغير أرض) وهذا استحسان والقياس أن لا تصح لأن شرط صحة الدعوى إعلام المدّعي في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الإعلام، ولأنه يطلب من القاضي أن يقضي له بالملك في المدّعي إذا ثبت دعواه بالبنية والشرب لا يحتمل التمليك بدون أرض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى والخصومة، كالخمر في حق المسلمين وجه الاستحسان أن الشرب مرغوب فيه منتفع به، ويمكن أن يملك بغير أرض بالإرث والوصية وقد يبيع الأرض دون الشرب فيبقى له الشرب وحده فإذا استولى عليه غيره، كان له أن يدفع الظلم عن نفسه بإثبات حقه بالبينة، وإذا كان لرجل أرض ولآخر فيها نهر فأراد رب الأرض أن لا يجري النهر في أرضه لم يكن له ذلك ويترك على حاله، لأن موضع النهر منها في يد رب النهر مستعمل له بإجراء مائه فيه فعند الاختلاف القول قوله: في أنه ملكه فإن لم يكن في يده ولم يكن جارياً فيها فعليه البينة أن هذا النهر له وأنه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه إلى أرضه ليسقيها فيقضي له لإثباته بالحجة ملك الرقبة إذا كان الدعوى فيه أو حق الإجراء بإثبات المجرى من غير دعوى الملك وعلى هذ المصب في نهر أو على سطح أو الميزاب أو الممشى في دار غيره، فحكم الاختلاف فيه نظيره في الشرب.

قال رحمه اللّه: (نهر بين قوم اختصموا في الشرب فهو بينهم على قدر أراضيهم) لأن المقصود بالشرب سقي الأراضي **والحاجة إلى ذلك تختلف** بقلة الأراضي

قوله في المتن: (ولا كري على أهل الشفة) أصل الشفة شفهة، ولهذا تقول: في تصغيرها شفيهة وفي جمعها شفاه والتصغير والتكثير يردّان الأشياء إلى أصلها وحذفت الهاء تخفيفاً، يقال: هم أهل الشفة أي لهم حق الشرب بشفاهم وأن يسقوا بهائمهم اهـ إتقاني.

قوله: (والحاجة إلى ذلك تختلف إلخ) قال في الأصل: وإذا كان النهر بين قوم لهم عليه أرضون ولا يعرف كيف أصله بينهم فاختلفوا واختصموا في الشرب، فالشرب بينهم على قدر أراضيهم قال في الأجناس: وحكي عن أبي علي الدقاق صاحب كتاب الحيض أنه يكون

وكثرتها والظاهر أن حق كل واحد منهم من الشرب بقدر أرضه وبقدر حاجته، بخلاف الطريق إذا اختلف فيه الشركاء **حيث يستوون في ملك رقبة الطريق**، ولا يعتبر في ذلك سعة/ الدار وضيقها لأن المقصود فيه الاستطراق وهو لا يختلف باختلاف الدار، ولا يقال: قد استووا في إثبات اليد على النهر فوجب أن يستووا في الاستحقاق، لأنا نقول: الماء لا يمكن إثبات اليد عليه حقيقة إذ لا يمكن إحرازه، وإنما ذلك بالانتفاع به والظاهر أن الانتفاع يتفاوت بتفاوت الأراضي فيتفاوت الإحراز الذي هو في ضمن الانتفاع فيكون في يد كل واحد منهم بحسب ذلك، وليس لأحدهم أن يسكر النهر على الأسفل ولكنه يشرب بحصته لأن في السكر إحداث شيء لم يكن في وسط النهر ورقبة النهر مشتركة بينهم فلا يجوز ذلك لبعض الشركاء بدون إذن الشركاء، فإن تراضوا على أن الأعلى يسكر النهر حتى يشرب بحصته أو اصطلحوا على أن يسكر كل واحد منهم في نوبته جاز لأن المانع حقهم وقد زال بتراضيهم ولكن إن أمكنه أن يسكر بلوح أو باب فليس له أن يسكر بالطين والتراب لئلا ينكبس النهر به، وفيه إضرار بالشركاء إلا أن يتراضوا على ذلك، ولو كان الماء في النهر بحيث لا يجري إلى أرض كل واحد منهم إلا بالسكر فإنه يبدأ بأهل الأسفل حتى يرووا، ثم بعد ذلك لأهل الأعلى أن يسكروا وليس لهم أن يسكروا قبلهم لقول ابن مسعود رضي اللّه عنه أهل أسفل النهر أمراء على أهل الأعلى حتى يرووا وهذا يوجب بداءة أهل الأسفل.

[٢٠٩/١/٣]

قال رحمه اللّه: (وليس لأحد أن يشق منه نهراً أو ينصب عليه رحى أو دالية أو جسراً أو يوسع فم النهر أو يقسم بالأيام وقد وقع القسمة بالكوى أو يسوق نصيبه إلى أرض له أخرى ليس لها فيه شرب بلا رضاهم) لأن في شق النهر ونصب الرحى كسر ضفة النهر المشترك وشغل الملك المشترك بالبناء، وفي الكسر تغيير الماء عن سننه إلا أن تكون الرحى لا تضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في أرض صاحبها فيجوز، لأن ما يحدث من البناء في خالص ملكه وبسبب الرحى لا ينقص الماء، ومعنى الضرر بالنهر كسر ضفته وبالماء أن يتغير عن سننه أو ينقص ولم يوجد شيء من ذلك فيجوز، والمانع من الانتفاع بالماء مع بقائه على حاله متعنت قاصد إلى الإضرار بغيره لا دافع الضرر عن نفسه فلا يلتفت إلى تعنته والدالية والسانية بمنزلة الرحى وفي القنطرة والجسر إشغال الموضع المشترك فيمنع منه، ولا يكون ذلك له إلا برضاهم

بينهم على قدر حاجتهم، وفائدته أنه إذا كان لأحدهم عشرة أجربة وللآخر عشرة إلا أن أرضه لا تكتفي للزراعة بقدر الماء يأخذه فعلى ما قاله الماء بينهم نصفان، وعلى قول الدقاق: له أخذ الماء زيادة اهـ إتقاني. قوله: ولا يعرف كيف أصله إلخ. فأما إذا علم يقسم على ما كان اهـ إتقاني. **قوله: (حيث يستوون في ملك رقبة الطريق)** يعني يقسم على عدد

الدالية جزع طويل يركب تركيب مداق الأرز في رأسه مغرفة كبيرة ليستقى بها وقيل: هو الدولاب والسانية البعير يستقى عليه من البئر والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذاً من الألواح والخشب، والقنطرة ما يتخذ من الآجر والحجر يكون موضوعاً ولا يرفع وإذا كان نهر خاص لرجل يأخذ من نهر خاص بين قوم فأراد أن يقنطر عليه ويسده من جانبيه، كان له ذلك لأنه يتصرف في خالص ملكه وإن كان مقنطراً مسدوداً من الجانبين فأراد أن ينقض ذلك لعلة أو لغير علة فإن كان ذلك لا يزيد في أخذ الماء كان له ذلك لأنه يرفع بناء هو خالص حقه وملكه، وإن كان يزيد في أخذ الماء منع منه لحق الشركاء، وإنما لا يكون له أن يوسع فم النهر لأن فيه كسر ضفته ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء وهذا ظاهر فيما إذا لم تكن القسمة بالكوى، وكذا إذ كانت بالكوى لأنه إذا وسع فم النهر يحبس الماء في ذلك الموضع فيدخل في كوّته أكثر مما كان يدخل قبله، وكذا إذا أراد أن يؤخر فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع من فم النهر لأنه يحبس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه، بخلاف ما إذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعه من حيث العمق في مكان **حيث يكون له ذلك في الصحيح**، لأن قسمة الماء في الأصل وقع باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع في العمق هو العادة، فلا يؤدّي إلى تغيير موضع القسمة فلا يمنع، وإنما لا يكون له أن يقسم بالأيام بعدما وقعت القسمة بالكوى/ [٢٠٩ب/٣] لأن القديم يترك على حاله لظهور الحق فيه، ولو كان لكل واحد منهم كوى مسماة في نهر خاص لم يكن لواحد منهم أن يزيد كوة، وإن كان لا يضر بأهله لأن الشركة خاصة بخلاف ما إذا كانت الكوى في النهر الأعظم لأن لكل واحد منهم أن يشق نهراً منه ابتداء فكان الكوى بالطريق الأولى، وإنما لا يكون له أن يسوق شربه إلى أرض له أخرى ليس له فيها شرب لأنه إذا فعل ذلك يخشى أن يدّعي حق الشرب لها من **هذا النهر مع الأولى** إذا تقادم العهد و يستدل على ذلك بالمحفور لإجراء الماء فيه إليها، وكذا لو أراد أن يسوق شربه في أرضه الأولى حتى تنتهي إلى الأخرى لأنه يستوفي زيادة على حقه، **إذ الأرض الأولى تنشف بعض الماء** قبل أن تسقى الأخرى، وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه باباً إلى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق، بخلاف ما إذا كان ساكن الدارين واحداً حيث لا يمنع لأن المارة لا تزداد وله حق

الرؤوس. **قوله**: (**حيث يكون له ذلك في الصحيح**) أي لأن التسفيل تصرف في خالص ملكه، فأما في توسيع فم النهر يتصرف في حافتي النهر الذي يأخذ منه الماء وإنه مشترك بينه وبين أصحابه ويضر بشركائه أيضاً لأنه بتوسيع فم النهر يأخذ من الماء أكثر من حقه فيصير غاصباً شيئاً من ماء أصحابه اهـ إتقاني. **قوله**: (**هذا النهر مع الأولى**) أي الأرض الأولى اهـ

المرور ويتصرف في خالص ملكه وهو الجدار بالرفع، ولو أراد الأعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعاً لفيض الماء عن أرضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الإضرار بالآخر، وكذا إذا أراد أن يقسم النهر مناصفة لأن القسمة بالكوى تقدمت إلا أن يتراضيا لأن الحق لهما وبعد التراضي لصاحب السفل أن ينقض ذلك، وكذا لورثته من بعده لأنه إعارة الشرب لا مبادلة لأن مبادلة الشرب بالشرب باطلة، وكذا إجارة الشرب لا تجوز لما عرف في موضعه فتعينت الإعارة، وهذا لأن القسمة بالكوى قد تمت وليس لأحدهما أن ينقض تلك القسمة، فإذا تراضيا على خلاف ذلك يكون كل وحد منهما معيراً نصيبه لصاحبه فيرجع فيها هو أو ورثته، أيّ وقت شاء ولأن العارية غير لازمة.

قال رحمه اللّه: (ويورث الشرب ويوصي بالانتفاع بعينه ولا يباع ولا يوهب) والفرق أن الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه في حقوق الميت و أملاكه وجاز أن يقوموا مقامه فيما لا يجوز تمليكه بالمعاوضات والتبرعات كالدين والقصاص والخمر، فكذا الشرب والوصية أخت الميراث فكانت مثله بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك، حيث لا يجوز للغرور أو الجهالة أو لعدم الملك فيه للحال أو لأنه ليس بمال متقوم حتى لو أتلف شرب إنسان بأن سقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الأصل، وكذا لا يضمن بعقد **والوصية ببيعه وهبته** والتصدق به مثل بيعه فلا يجوز بخلاف الوصية بالانتفاع به على ما بينا، وكذا لا يصلح مسمى في النكاح ولا في الخلع ولو في الصلح عن دم عمد أو عن دعوى لكن هذه العقود صحيحة، لأنها لا تبطل بالشروط الفاسدة ولا يملك الشرب لأنه لا يملك بسائر الأسباب فكذا بهذا السبب، ويجب على الزوج مهر المثل، وعلى المرأة ردّ ما أخذت من المهر، وعلى القاتل الدية وللمدّعي أن يرجع عن دعواه لبطلان المسمى، ولو مات وعليه ديون لا يباع الشرب بدون الأرض لما ذكرنا، وإن لم يكن له أرض قيل: يجمع الماء في كل نوبته في حوض فيباع الماء إلى أن يقضي دينه من ذلك، وقيل: ينظر الإمام إلى أرض لا شرب لها فيضم هذا الشرب إليها فيبيعهما برضا صاحبها ثم ينظر إلى قيمة الأرض بدون الشرب وإلى قيمتها معه فيصرف تفاوت ما بينهما من الثمن إلى قضاء دين الميت، والسبيل في معرفة قيمة الشرب إذا أراد قسمة الثمن على قيمتهما أن يقوم الشرب على تقدير أن لو كان يجوز بيعه، وهو نظير ما قال

قوله: (إذا الأرض الأولى تنشف بعض الماء) أي تتشربه اهـ غاية. **قوله: (والوصية ببيعه وهبته)** أي لو أوصى بأن يباع شربه من فلان أو يوهب له أو يتصدق عليه به اهـ

بعضهم في العقر الواجب بشبهة ينظر إلى مثل هذه المرأة بكم كانت تستأجر على الزنا فذلك القدر هو عقرها في الوطء بشبهة، وإن لم يجد اشترى على تركة/ هذا الميت [٢١٠ أ/٣] أرضاً بغير شرب ثم ضم هذا الشرب إليها وباعهما فيؤدّي من الثمن ثمن الأرض المشتراة والفاضل للغرماء.

قال رحمه اللّه: (ولو ملأ أرضه ماء فنزت أرض جاره أو غرقت لم يضمن) لأنه مسبب وليس بمتعد فيه فلا يضمن لأن شرط وجوب الضمان في التسبب أن يكون متعدّياً، ألا ترى أن من حفر بئراً في أرضه لا يضمن ما عطب فيها لما قلنا، وإن حفر في الطريق يضمن وإنما قلنا: أنه ليس بمتعدٍ لأن له أن يملأ أرضه ماء ويسقيها، قالوا: هذا إذا سقى أرضه سقياً معتاداً بأن سقاها قدر ما تحتمله عادة، وأما إذا سقاها سقياً لا تحتمله أرضه فيضمن، وهو نظير ما لو أوقد ناراً في داره فاحترق دار جاره فإنه إن كان أوقد مثل العادة لا يضمن، وإن كان بخلاف العادة يضمن وكان الشيخ الإمام اسماعيل يقول: إنما لا يضمن بالسقي المعتاد إذا كان محقاً فيه بأن سقى أرضه في نوبته مقدار حقه، وأما إذا سقاها في غير نوبته أو في نوبته زيادة على حقه فيضمن لوجود التعدّي في السبب واللّه أعلم.

كتاب الأشربة

قال رحمه اللّه: (والشراب ما يسكر) يعني في اصطلاح الفقهاء، وهو في اللغة اسم لكل ما يشرب من المائعات **والأشربة جمع شراب**، والمراد به هاهنا ما حرم شربه وكان مسكراً.

قال رحمه للّه: (والمحرّم منها أربعة الخمر وهي التي من ماء العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد وحرم قليلها وكثيرها) **وقال بعضهم: كل مسكر خمر** لما روي عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال: «كل مسكر خمر وكل مسكر حرام»[1] رواه مسلم وأبو داود والترمذي وغيرهم، وفي لفظ «كل مسكر خمر وكل خمر حرام» رواه مسلم، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة»[2] رواه مسلم وأبو داود والترمذي وجماعة وعن النعمان بن بشير قال: قال رسول اللّه ﷺ: «إن من الحنطة خمراً وإن من الشعير خمراً ومن الزبيب خمراً ومن التمر خمراً ومن العسل خمراً»[3] رواه أبو داود والترمذي وجماعة أخر، ولأنها سميت خمراً **لمخامرتها العقل**، والسكر يوجد بشرب غيرها فكان خمراً، ولنا أن الخمر حقيقة اسم للنيء من ماء العنب المسكر باتفاق أهل اللغة وغيره يسمى مثلثاً أو باذقاً إلى غير ذلك من أسمائه، وتسمية غيرها خمراً مجاز وعليه يحمل الحديث **أو على بيان الحكم**

كتاب الأشربة

ذكر كتاب الأشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين في المعنى الأصلي والحروف الأصول، ولكن قدّم الشرب لأنه حلال والأشربة فيها حرام كالخمر اهـ إتقاني. **قوله: (والأشربة جمع شراب)** اسم لما يشرب كالطعام اسم لما يطعم أي يؤكل، وإنما سمى محمد هذا الكتاب كتاب الأشربة لما فيه من بيان أحكامها، كما سمي كتاب الحدود لما فيه من بيان أحكام الحدود، وكما سمي كتاب البيوع لما فيه من بيان أحكامها اهـ غاية. **قوله: (وقال بعضهم كل مسكر خمر)** وهو مذهب مالك والشافعي اهـ غاية. **قوله: (لمخامرتها العقل)** أي لمخالطتها العقل اهـ **قوله: (أو على بيان الحكم)** أي وهو

---

(١) أخرجه مسلم في الأشربة (٢٠٠٣)، والترمذي في الأشربة (١٨٦١)، والنسائي في الأشربة (٥٥٨٢)، وأبو داود في الأشربة (٣٦٧٩)، وابن ماجه في الأشربة (٣٣٩٠).

(٢) أخرجه مسلم في الأشربة (١٩٨٥)، والترمذي في الأشربة (١٨٧٥)، والنسائي في الأشربة (٥٥٧٢)، وأبو داود في الأشربة (٣٦٨٧)، وابن ماجه في الأشربة (٣٣٧٨).

(٣) أخرجه الترمذي في الأشربة (١٨٧٢)، وأبو داود في الأشربة (٣٦٧٦)، وابن ماجه في الأشربة (٣٣٧٩)، وأحمد في مسنده (١٧٩٤٠).

إن ثبت لأنه عليه الصلاة والسلام بعث له لا لبيان الحقائق ولا نسلم أنها سميت خمراً لمخامرتها العقل **بل لتخمرها**، ولئن سلمنا أنها سميت بالخمر **لمخامرتها العقل** لا يلزم منه أن يسمى غيرها بالخمر قياساً عليها، لأن القياس لإثبات الأسماء اللغوية باطل، وإنما هو لتعدي الحكم الشرعي على ما عرف في موضعه، ألا ترى أن البرج سمي برجاً لتبرجه وهو الظهور وكذا النجم سمي نجماً لظهوره، ثم لا يسمى كل ظاهر برجاً ولا نجماً، وكذا يقال: للفرس أبلق لأجل لون مخصوص ثم لا يسمى الثوب به وإن كان فيه ذلك اللون، وما ذكره في المختصر من حدّ الخمر هو قول أبي حنيفة رحمه اللّه، وعندهما إذا اشتدّ صار خمراً، **ولا يشترط فيه القذف بالزبد** لأن اللذة المطربة والقوة المسكرة تحصل به وهو المؤثر في إيقاع العداوة والصدّ عن الصلاة، وأما القذف بالزبد وصف لا تأثير له في إحداث صفة السكر، وله أن الغليان بداية الشدّة وكماله بقذف الزبد لأنه يتميز به الصافي عن الكدر وأحكام الشرع المتعلقة بها قطعية كالحدّ وإكفار مستحلها ونحو ذلك فتناط بالنهاية به، وقيل: يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد، وفي وجوب الحدّ على الشارب بقذف الزبد احتياطاً، **والكلام فيها في مواضع أحدها في بيان ماهيتها**، والثاني في وقت ثبوت هذا الاسم لها وقد بيناهما، والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا يتوقف عليه بخلاف غيره من الأشربة فإن حرمتها متوقفة على السكر، ومن الناس من يقول/ [٢١٠ب/٣] : غير المسكر منها ليس بحرام كغيره من الأشربة لأن الفساد لا يحصل به، وهذا كفر لأنه يخالف الكتاب والسنة والإجماع، ولأن قليله يدعو إلى كثيره **وهو من خواص الخمر** بأن تزداد اللذة باستكثاره، بخلاف سائر المشروبات وجاز أن تحرم لأجل لذتها أيضاً، بل هو الظاهر لما في التلذذ بها من الاشتغال عن الخيرات والتشبه بالمترفين، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام «قال: من شرب الخمر في الدنيا ثم لم يتب حرمها في الآخرة»[١] رواه البخاري ومسلم وغيرهما، وهذا مطلق من غير قيد بالسكر فيتناولها مطلقاً، والدليل عليه أن التي في الآخرة غير مسكرة والتنعم بها في الدنيا هو الذي

الحرمة اهـ غاية. **قوله**: (**بل لتخمرها**) أي لكونها خمراً اهـ غاية. **قوله**: (**ولا يشترط فيه القذف بالزبد**) وبه قالت الثلاثة اهـ ع **قوله**: (**والكلام فيها في مواضع**) أي عشرة اهـ **قوله**: (**أحدها في بيان ماهيتها**) والمائية بمعنى الماهية وماهية الشيء هو هو كماهية الإنسان وهو حيوان ناطق اهـ إتقاني. **قوله**: (**وهو من خواص الخمر**) سيجيء في آخر الصفحة الآتية في كلام

---

(١) أخرجه البخاري في الأشربة (٥٥٧٥)، ومسلم في الأشربة (٢٠٠٣)، وأحمد في مسنده (٤٦٧٦)، ومالك في الموطأ باب الأقضية (١٥٩٧)، والدارمي في الأشربة (٢٠٩٠).

يوجب حرمانها في الآخرة، كما قال الله تعالى: ﴿أذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا﴾ [الأحقاف: ٢٠]، ونظيره لبس الحرير فإن من لبسه في الدنيا لا يلبسه في الآخرة لأجل التنعم به لا غير والشافعي رحمه الله يعدِّي الحكم أو الاسم إلى غيرها وهو بعيد لأن النص ورد بتحريمها لذاتها بقوله عليه الصلاة والسلام: «حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب»، ولا يجوز التعليل مع النص على عدم التعليل، وكذا لا يجوز التعليل لتعدِّيه الاسم على ما بينا، والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوت حرمتها بدليل مقطوع به، والخامس أن مستحلها يكفر لإنكاره الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم **حتى لا يضمن غاضبها ومتلفها**، ولا يجوز بيعها لقوله عليه الصلاة والسلام: «إن الذي حرم شربها حرم بيعها»[1] رواه مسلم وأحمد، ولأن الله تعالى لما حرَّمها فقد أهانها والتقوّم يشعر بعزتها واختلفوا في سقوط ماليتها، وقال صاحب الهداية: **والأصح أنها مال** لأن الطباع تميل إليها **وتضن بها** والسابع حرمه الانتفاع بها لأن الانتفاع بالنجس حرام، ولأن الله تعالى أمرنا باجتنابها وفي الانتفاع بها اقترابها، والثامن أن يحد شاربها وإن لم يسكر منه شيئاً لما بينا من قبل، والتاسع أن الطبخ لا يؤثر فيها لأنه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها، إلا أنه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا: لأن الحدّ في النيء خاصة لما ذكرنا فلا يتعدّى إلى المطبوخ، والعاشر جواز تخليلها على ما يجيء من بعد إن شاء الله تعالى.

قال رحمه الله: (والطلاء وهو العصير إن طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه) وهو

الشارح في الكلام على الطلاء أنه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله إلى كثيره اهـ وعلى هذا ففي قوله من خواص الخمر نظر اللهم إلا أن يقال: الطلاء ملحق بالخمر في هذا المعنى يرشد إلى هذا قول الشارح فيما سيأتي، ولنا أنه كالخمر إلخ اهـ **قوله: (حتى لا يضمن غاصبها ومتلفها)** ثم هل يباح إتلاف الخمر نقل عن الإمام مجد الدين الشرخلتي أنه قال: والصحيح أنه لا يباح الإتلاف إلا لغرض صحيح، كما إذا كانت عند فاسق يشربها غالباً، لو تركت عنده حتى لو كانت عند صالح لا يباح الإتلاف فإنها مملوكة له، وفي بقائها فائدة، وهي التخليل اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله: (والأصح أنها مال)** ولكنها ليست بمقتوّمة لما قلنا اهـ غاية. **قوله: (وتضنّ بها)** من الضنّ وهو ما تختصه وتضنّ به أي تبخل لمكانه منك وموقعه عندك ومنه ساعة الجمعة فقلت: أخبرني بها ولا تضنن بها عليّ، أي لا تبخل يقال:

---

(١) أخرجه مسلم في المساقاة (١٥٧٩)، والنسائي في البيوع (٤٦٦٤)، وأحمد في مسنده (٢٠٤٢)، ومالك في الموطأ في الأشربة (١٥٩٨)، والدارمي في الأشربة (٢١٠٣).

النوع الثاني من الأشربة المحرمة وقال في المحيط: الطلاء اسم للمثلث **وهو ما طبخ من ماء العنب** حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه وصار مسكراً وهو الصواب لما روي أن كبار الصحابة رضي اللّه عنهم كانوا يشربون من الطلاء ما ذهب ثلثاه وبقي ثلثه **على ما يجيء من قريب، وإنما سمي طلاء** لقول عمر رضي اللّه عنه: ما أشبه هذا بطلاء البعير وهو القطران الذي يطلى به البعير إذا كان به جرب وهو يشبهه، وفي الهداية هو مثل ما ذكره في المختصر وهو الذي طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه ويسمى الباذق أيضاً سواء كان الذاهب قليلاً أو كثيراً بعد أن لم يكن الذاهب ثلثيه، والمنصف منه وهو ما ذهب نصفه وبقي النصف وكل ذلك حرام عندنا إذا غلا واشتدّ وقذف بالزبد، وإذا اشتدّ ولم يقذف بالزبد **فهو على الاختلاف** وقال الأوزاعي: إنه مباح وهو قول بعض المعتزلة: لأنه مشروب طيب وليس بخمر ولنا أنه كالخمر لأنه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله إلى كثيره، ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعاً للفساد المتعلق به كالخمر بخلاف المثلث، فإنه ثخين وليس برقيق فلا يدعو قليله إلى كثيره.

قال رحمه اللّه: (والسكر **وهو النيء من ماء الرطب**) وهو النوع الثالث من الأشربة المحرمة مشتق من سكرت الريح إذا سكنت، **وإنما يحرم إذا اشتدّ وقذف بالزبد** وقبله حلال، وقال شريك بن عبد اللّه: هو مباح وإن قذف بالزبد لقوله تعالى: ﴿تتخذون منه سكراً **ورزقاً حسناً**﴾ [النحل: ٦٧] امتن علينا به والامتنان لا يتحقق بالمحرم، ولنا ما روينا من قبل وإجماع الصحابة رضي الله عنهم، والآية محمولة على الابتداء حين كانت الأشربة مباحة وقيل: أريد بها التوبيخ معناها واللّه أعلم، تتخذون منه سكراً وتدعونه رزقاً/ حسناً. [٢١١/أ/٣]

قال رحمه اللّه: (ونقيع الزبيب وهو النيء من ماء الزبيب) وهو النوع الرابع من الأشربة المحرمة إذا اشتدّ لما روي عن ابن عباس رضي اللّه عنهما أنه عليه الصلاة

ضننت أضنّ وضننت أضن اهـ ابن الأثير رحمه اللّه. **قوله**: (**وهو ما طبخ من ماء العنب**) الذي بخط الشارح وهو ما إذا طبخ إلخ اهـ **قوله**: (**على ما يجيء من قريب**) أي عند الكلام على المثلث العنبي اهـ **قوله**: (**وإنما سمي طلاء إلخ**) قال ابن الأثير رحمه اللّه: الطلاء بالكسر والمد الشراب المطبوخ من عصير العنب وهو الرب، وأصله القطران الخاثر الذي يطلى به الإبل اهـ وقال في المغرب: والطلاء كل ما يطلى به من قطران أو نحوه، ومنه حديث عمر ما أشبه هذا بطلاء الإبل، ويقال: لكل ما خثر من الأشربة طلاء على التشبيه حتى سمي المثلث اهـ **قوله**: (**فهو على الاختلاف**) أي السابق في الخمر بين الإمام وصاحبيه اهـ **قوله**: (**وهو النيء من ماء الرطب**) انظر الهداية وشرح الإتقاني اهـ **قوله**: (**وإنما يحرم إذا اشتدّ وقذف بالزبد**) أي عند أبي حنيفة، وعندهما لا يشترط القذف بالزبد كالخمر اهـ **قوله**: (**ورزقاً**

والسلام «كان ينقع له الزبيب فيشربه اليوم والغد وبعد الغد إلى مساء الثالثة ثم يأمر به فيسقي الخدم»[١] رواه مسلم، وفي رواية فإن بقي شيء أهرقه أو أمر به فأهريق، وشرط حرمته أن يقذف بالزبد بعد الغليان، ويتأتى فيه خلاف الأوزاعي كما في الباذق، والوجه قد بيناه فيه **ثم حرمة هذه الأشياء** دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها، ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ونجاستها خفيفة في رواية، ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند أبي حنيفة رحمه الله على ما بينا في الغصب، وعن أبي يوسف أنه يجوز بيعها إذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف، بخلاف الخمر لأن حرمتها قطعية فيكفر مستحلها ويحد شاربها وإن لم يسكر ولو قطرة، ونجاستها غليظة رواية واحدة، ولا يجوز بيعها ولا يضمن متلفها وحرمة غيرها من الأشربة غير قطعية فلا يكون مثلها.

قال رحمه الله: (والكل حرام إذا غلا واشتد وحرمتها دون حرمة الخمر) فلا يكفر مستحلها بخلاف الخمر وقد بينا وجهها وأحكامها فلا حاجة إلى إعادته.

قال رحمه الله: (والحلال منها أربعة نبيذ التمر والزبيب إن طبخ أدنى طبخة، وإن اشتدَّ إذا شرب ما لا يسكره بلا لهو وطرب، والخليطان ونبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة طبخ أولاً والمثلث العنبيّ) أما الأول وهو نبيذ التمر والزبيب إن طبخ أدنى طبخة، وهو أن يطبخ إلى أن ينضج، فلما روي عن أبي قتادة أن النبي ﷺ قال: «**لا تنتبذوا الزهو** والرطب جميعاً ولا تنتبذوا الرطب والزبيب جميعاً لكن انتبذوا كل واحد منهما على حدته»[٢] رواه مسلم وأحمد ورواه البخاري، وذكر التمر بدل الرطب وهذا نص على أن المتخذ من كل واحد منهما **مباح**، وعن أبي سعيد رضي الله عنه أن النبي ﷺ «نهى عن التمر والزبيب أن يخلط بينهم في الانتباذ، الحديث إلى أن قال: من شربه منكم فليشربه زبيباً فرداً أو تمراً فرداً أو بسراً فرداً»[٣] رواه مسلم والنسائي، وقد ورد في النهي عن الخليطين أحاديث كثيرة كلها صحاح وكلها تدل على أن كل واحد منهما على الانفراد يحل، وهذا محمول على المطبوخ منه لأن غير

حسناً) كالدبس والخل والتمر والزبيب ونحو ذلك اهـ غاية. **قوله: (ثم حرمة هذه الأشياء)** أي الثلاثة وهي الطلاء والسكر ونقيع الرطب اهـ **قوله: (لا تنتبذوا الزهو)** والزهو الملوّن من

---

(١) أخرجه مسلم في الأشربة (٣٧١٣).

(٢) أخرجه مسلم في الأشربة (١٩٨٨)، وأحمد في مسنده (٢٢١٤٠)، والدارمي في الأشربة (٢١١٣).

(٣) أخرجه مسلم في الأشربة (١٩٨٧)، والنسائي في الأشربة (٥٥٦٨).

المطبوخ منه حرام بإجماع الصحابة رضي اللّه عنهم على ما بينا، وكذا ما روي عن أنس رضي اللّه عنه «أن الخمر حرمت والخمر يومئذٍ البسر والتمر»[١] رواه البخاري ومسلم وأحمد، فالمراد به غير المطبوخ لأن حكمه حكم الخمر فلهذا أطلق عليه اسم الخمر، وقد ورد في حرمة المتخذ من التمر أحاديث كلها صحاح فإذا حمل المحرّم على النيء والمحلل على المطبوخ فقد حصل التوفيق بين الأدلة واندفع التعارض، وأما الثاني وهو الخليطان، فلما روي عن عائشة رضي اللّه عنها أنها قالت: «كنا ننتبذ لرسول اللّه ﷺ في **سقاء** فنأخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فنطرحهما فيه ثم نصب عليه الماء فننتبذه غدوة فيشربه عشية وننتبذه عشية فيشربه غدوة»[٢] رواه ابن ماجه. وروي عن ابن زياد رضي اللّه عنه قال: سقاني ابن عمر شربة ما كدت أهتدي إلى أهلي فغدوت إليه من الغد فأخبرته بذلك فقال: ما زدناك على عجوة وزبيب. وهو محمول على المطبوخ لأن المروي عنه حرمة نقيع الزبيب النيء منه، وما روي من النهي عن الخليط فيما روينا محمول على حالة القحط والعوز **لئلا يجمع بين النعمتين، وجاره محتاج** بل يؤثر بإحداهما جاره، والإباحة كانت في حالة السعة والحمل][٣] [مأثور عن ابراهيم النخعي رضي اللّه عنه، وأما الثالث وهو نبيذ العسل والتين والبر والشعير فلقوله عليه الصلاة والسلام: «الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة»[٤] رواه مسلم وأحمد وغيرهما، خص التحريم بهما والمراد بيان

البسر تسمية بالمصدر اهـ مغرب. **قوله: (مباح)** أي على الانفراد اهـ **قوله: (في سقاية)** السقاية إناء يشرب منه اهـ ابن الأثير. وكتب ما نصه الذي بخط الشارح أوسقاة اهـ يراجع لفظ الحديث في ابن ماجه اهـ **قوله: (لئلا يجمع بين النعمتين وجاره محتاج)** قال الإتقاني: وفيه دليل على أن الجمع بين النعمتين يجوز خلافاً لما يقوله بعض الناس من أصحاب الظواهر أنه يكره إذا لم يكن أحدهما تابعاً للآخر، قالوا: روي عن النبي ﷺ أنه «نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والرطب والرطب والبسر»[٥]، قال شيخ الإسلام خواهر زاده في شرحه: وعن إبراهيم النخعي أنه قال: كان ذلك في ابتداء الإسلام حين كان بالمسلمين شدّة وضيق في أمر الطعام، ويعني إنما نهى عن الجمع بين النعمتين حتى لا

---

(١) أخرجه البخاري في الأشربة (٥٥٨٤)، ومسلم في الأشربة (١٩٨٠) بنحوه، وأحمد في مسنده (١٢٨٦٢).

(٢) أخرجه ابن ماجه في الأشربة (٣٣٩٨).

(٣) ما بين معكوفتين نهاية التقديم الحاصل ما بين المخطوط والمطبوع والصحيح ما في المطبوع.

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) جزء من حديث تقدم تخريجه.

الحكم أي حكمهما واحد لا أن كلاً منهما يسمى خمراً حقيقة ولا يشترط فيه الطبخ لأن قليله لا يفضي إلى كثيره كيفما كان، وأما الرابع وهو المثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتى يذهب ثلثاه ويبقى الثلث، فلما روي عن أبي موسى «أنه كان يشرب من الطلاء ما ذهب ثلثاه وبقي الثلث»[١] رواه النسائي، **وله مثله** عن عمر وأبي الدرداء وقال البخاري: رأى عمرو وأبي عبيدة ومعاذ شرب الطلاء على الثلث، وشرب البراء وأبو جحيفة على النصف، وقال أبو داود: سألت أحمد عن شرب الطلاء إذا ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فقال: لابأس به قلت: إنهم يقولون إنه يسكر فقال: لا يسكر لو كان يسكر لما أحله عمر، **ولأنه لا يحصل به الفساد من الصد** وإلقاء العداوة بالشرب القليل منه، بخلاف الخمر فإنها حرمت لعينها فلا يشترط فيها السكر ولأن قليلها يدعو إلى كثيرها على ما بينا/، ولا كذلك المثلث لأنه لغلظه لا يدعو إلى الكثير وهو في نفسه غذاء فيبقى على أصل الإباحة، **وهذا كله قول أبي حنيفة** وأبي يوسف رحمهما اللّه، وقال محمد ومالك والشافعي رحمهم اللّه: كل ما أسكر كثيره فقليله حرام من أي نوع، كان لقوله ﷺ: «كل مسكر خمر وكل مسكر حرام»[٢] رواه مسلم من رواية ابن عمر رضي اللّه عنهما، وعن عائشة رضي اللّه عنها قالت: «سئل النبي ﷺ عن البتع وهو نبيذ العسل وكان أهل اليمن يشربونه فقال: كل شراب أسكر فهو حرام»[٣] رواه البخاري ومسلم وأحمد، وعن أبي موسى قال: «قلت: يا رسول اللّه

[١٩٣ب/٣]

يشبع هو وجاره جائع بل يأكل إحداهما ويؤثر بالأخرى جاره، ثم لما وسع اللّه على عباده النعمة أباح الجمع بين النعمتين، والدليل على ذلك قوله تعالى: ﴿كلوا من الطيبات﴾ [المؤمنون: ٥١] من غير فصل بين الجمع والإفراد اهـ ما قاله الإتقاني رحمه اللّه. **قوله**: (**وله مثله إلخ**) قال أبو حنيفة: لو أعطيت الدنيا بحذافيرها لا أفتي بحرمته لأن فيه تفسيق بعض الصحابة، ولو أعطيت الدنيا بحذافير ما شربته لأنه لا ضرورة فيه، وهذا غاية تقواه رضي اللّه تعالى عنه اهـ كاي. **قوله**: (**وإنه لا يحصل به الفساد من الصدّ**) أي عن ذكر اللّه وعن الصلاة كما في الخمر فإن اللّه تعالى يقول: ﴿يأيها الذين أمنوا إنما الخمر والميسر إلى قوله إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة﴾ [المائدة: ٩٠] الآية، فبين العلة في تحريم الخمر، وهي الصد عن ذكر اللّه وعن الصلاة واتباع العداوة. **قوله**: (**وهذ كله قول أبي حنيفة إلخ**) هذا إذا طبخ عصير العنب، وأما إذا طبخ العنب كما هو فقد حكى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن

---

(١) أخرجه النسائي في الأشربة (٥٧٢١).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه البخاري في الوضوء (٢٤٢)، ومسلم في الأشربة (٢٠٠١)، والترمذي في الأشربة (١٨٦٣)، والنسائي في الأشربة (٥٥٩١).

أفتنا في شرابين كنا نصنعهما باليمن **البتع** وهو من العسل ينبذ حتى يشتد، والمزر وهو من الذرة والشعير ينبذ حتى يشتد، قال: وكان رسول الله ﷺ وقد أعطى جوامع الكلام بخواتمه فقال: كل مسكر حرام»[1] رواه البخاري ومسلم وأحمد، وعن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال: «ما أسكر كثيره فقليله حرام»[2] رواه أحمد وابن ماجه والدارقطني وصححه، وفيه من الأخبار الصحاح ما لا يحصى، ولهما ما روينا من إطلاق الانتباذ على الانفراد والخليط، ولأن المسكر هو القدح الأخير حقيقة **فيحمل عليه** إذ الحكم يضاف إلى الوصف الأخير من علة ذات أوجه فتقتصر الحرمة عليه ونظيره الإسراف في الأكل فإن الزائد على الشبع هو الحرام لا غير، وهذا الاختلاف **فيما إذا قصد به التقوّي** دون التلهي وإن قصد به التلهي فهو حرام بالإجماع، وعن محمد أنه قال: مثل قولهما وعنه أنه كرهه **وعنه أنه توقف فيه** فإذا كان مباحاً عندهما فلا يحدّ شاربه، وإن سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم وذاهب العقل بالبنج ولبن الرماك، وعند محمد رحمه الله يحد إذا سكر منه ويقع طلاقه إذا طلق امرأته وهو سكران منه، كما في سائر الأشربة المحرّمة وكان أبو يوسف رحمه الله أولاً يقول: ما كان من الأشربة بعد ما بلغ عشرة أيام ولا يفسد فإني أكرهه، وكان قوله في الأوّل مثل قول محمد رحمه الله، إلا أنه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله لا يفسد لا يحمض لأن بقاءه في هذه المدّة من غير أن يفسد دليل قوّته وشدّته فكان

حكمه حكم العصير لا يحل حتى يذهب ثلثاه، وروى الحسن عن أبي حنيفة أن حكمه حكم الزبيب حتى لو طبخ أدنى طبخة يحل بمنزلة الزبيب اهـ بدائع. سيأتي معنى هذه الحاشية قبيل قوله في المتن: وحل الانتباذ في الدباء اهـ **قوله**: (**البتع**) البتع بكسر الباء شرب مسكر يتخذ من العسل اهـ مغرب. **قوله**: (**فيحمل عليه**) ولهذا قال أبو يوسف: لو شرب تسعة أقداح من النبيذ ولم يسكر فأوجر العاشر وسكر لا حدّ عليه، ولو أوجر التسعة وشرب العاشر باختياره وسكر حدّ ذكره في المحيط اهـ كاكي. **قوله**: (**فيما إذا قصد به التقوى**) على طاعة الله أو استمراء الطعام أو التداوي، فأما السكر منه حرام بالإجماع اهـ إتقاني. **قوله**: (**وعنه أنه توقف فيه**) أي لتعارض الآثار اهـ وكتب ما نصه قال في الهداية: قال في الجامع الصغير: وما سوى ذلك من الأشربة المحرمة وهي الخمر والسكر ونقيع الزبيب والعصير الذي ذهب بالطبخ أقل من ثلثيه فلا بأس به، قال الإتقاني: قال فخر الإسلام

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه الترمذي في الأشربة (١٨٦٥)، والنسائي في الأشربة (٥٦٠٧)، وأبو داود في الأشربة (٣٦٨١)، وابن ماجه في الأشربة (٣٣٩٢)، وأحمد في مسنده (٥٦١٦)، والدارمي بنحوه في الأشربة (٢٠٩٩).

آية حرمته، ومثله مرويّ عن ابن عباس رضي اللهّ عنهما ثم رجع إلى قول أبي حنيفة رحمه اللّه فاعتبر حقيقة الشدّة كما يعتبرها أبو حنيفة على الحدّ الذي ذكرنا فيما يحرم شربه أصلاً كالخمر والثلاثة المحرّمة وفيما يحرم السكر منه، **والفتوى في زماننا بقول محمد** رحمه اللّه حتى يحدّ من سكر من الأشربة المتخذة من الحبوب والعسل واللبن والتين لأن الفساق يجتمعون على هذه الأشربة في زماننا ويقصدون السكر واللهو بشربها، وعن أبي حنيفة المتخذ من لبن الرماك لا يحل اعتباراً بلحمه إذ هو متولد منه **والأصح أنه يحل** عنده على ما ذكر صاحب الهداية لأن كراهية لحمه لاحترامه أو لئلا يؤدّي إلى قطع مادّة الجهاد فلا يتعدَّى إلى لبنه، والمثلث إذا صب عليه الماء وطبخ فحكمه حكم المثلث لأن صب الماء فيه لا يزيده إلا ضعفاً، بخلاف ما إذا صب الماء على العصير ثم طبخ حتى ذهب ثلثا الكل لأن الماء يذهب أوّلاً للطافته أو يذهب منهما، ولا يدرى أيهما ذهب أكثر فيحتمل أن يكون الذاهب من العصير أقل من ثلثيه ولو طبخ العنب قبل العصر اكتفى بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة رحمه اللّه، **وفي رواية لا يحل** ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ لأنَّ العصير موجود فيه من غير تغير فصار كما لو طبخ بعد العصر، ولو جمع بين العنب والتمر أو بينه وبين الزبيب فطبخ لا يحل حتى يذهب ثلثاه لأن التمر أو الزبيب إن كان يكتفى فيه بأدنى طبخه فعصير العنب لا بدّ أن يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطاً للحرمة، وكذا

وغيره: في شروح الجامع الصغير وهذ الجواب على هذا العموم في البيان لا يوجد إلا في هذا الكتاب ثم قال: وهذا نص على قول أبي حنيفة حتى إن الحد لا يجب وإن سكر منه في قوله، وروي عن محمد أن ذلك حرام يجب الحد بالسكر منه، وكذلك السكران منه إذا طلق امرأته لم يقع عند أبي حنيفة بمنزلة طلاق النائم والمغمى عليه، وعند محمد يقع بمنزلة طلاق السكران من الأشربة المحرمة، إلى هنا لفظ فخر الإسلام وقال الطحاوي: في مختصره قال هشام: وكان يقول: من صلى في ثوبه مما يسكر كثيره أكثر من مقدار الدرهم أعاد الصلاة، وقال الطحاوي: وهذا أجود وكذلك كان قول ابن أبي عمران اهـ **قوله: (والفتوى في زماننا بقول محمد)** كذا في جامع الفتاوى والنوازل وغيرهما اهـ **قوله: (والأصح أنه يحل عنده)** وفي فتاوى قاضيخان، وعامة المشايخ قالوا: هو مكروه كراهة التحريم إلا أنه لا يحد شاربه اهـ **قوله: (وفي رواية لا يحل)** في الهداية وهو الأصح اهـ قال في الشامل: فأما العنب إذا طبخ ففي أصح الروايات لا يحل لأنه عصير لم يذهب ثلثاه، وفي رواية يحل بأدنى طبخة كطبيخ الزبيب اهـ إتقاني رحمه اللّه. (فرع) قال: أرأيت الرجل يخلط الخمر بعينها مع النبيذ ثم يشرب منه جميعاً، ولا يسكر أيجب الحد عليه، فالجواب فيه كالجواب فيما خلط بالماء إن كان الخمر غالباً وجب الحدّ، وإن كان النبيذ غالباً لا يجب

إذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا، ولو طبخ نقيع التمر أو نقيع الزبيب أدنى طبخة ثم نقع فيه تمر أو زبيب إن كان ما نقع فيه شيئاً يسيراً لا يتخذ النبيذ من مثله فلا بأس به، وإن كان يتخذ النبيذ من مثله لا يحل كما إذا صب / في المطبوخ [١٩٤/ ٣/١] قدح من نقيع، والمعنى تغليب جهة الحرمة ولا حدّ في شربه، لأن التحريم للاحتياط والاحتياط في الحد في درئه، ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى ذهب ثلثاه لم يحل لأن الحرمة قد تقرّرت فلا ترتفع بالطبخ.

قال رحمه اللّه: (وحل الانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير) لما روي عن بريدة أنه عليه الصلاة والسلام قال: «كنت نهيتكم عن الأشربة في ظروف الأَدَمِ فاشربوا في كل وعاء غير أن لا تشربوا مسكراً»[١] رواه مسلم وأحمد وغيرهما، وفي رواية «نهيتكم عن الظروف وإن ظرفاً لا يحل شيئاً ولا يحرمه وكل مسكر حرام»[٢] رواه مسلم وأبو داود وجماعة أخر، **وكان الانتباذ** في هذه الأوعية حراماً قال ابن عمر: «نهى رسول اللّه ﷺ عن الحنتمة وهي الجرّة **ونهى عن الدباء** وهي القرعة ونهى عن النقير وهي أصل النخل ينقر نقراً أو ينسج نسجاً ونهى عن المزفت وهي القير»[٣] الحديث ثم نسخ بما روينا وقال أبو هريرة رضي اللّه عنه: الحنتم الجرار الخضر «وفسر النبي ﷺ النقير بالجذع ينقر وسطه»[٤]، وقيل: الحنتم الجرار الحمر ثم إن انتبذ في هذه الأوعية قبل استعمالها في الخمر فلا إشكال في حله وطهارته، وإن استعمل فيها الخمر ثم انتبذ فيها ينظر فإن كان الوعاء عتيقاً يطهر بغسله ثلاثاً، وإن كان جديداً لا يطهر عند محمد رحمه اللّه لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق، وعند أبي يوسف رحمه اللّه يغسل ثلاثاً ويجفف في كل مرة وهي من مسائل غسل ما لا ينعصر بالعصر، وقيل: عند أبي يوسف رحمه اللّه يملأ ماء مرة بعد أخرى حتى إذا خرج الماء صافياً غير متغير لوناً أو طعماً أو رائحة حكم بطهارته.

قال رحمه اللّه: (وخل الخمر سواء خللت أو تخللت) أي حل خل الخمر ولا

ما لم يسكر اهـ إتقاني رحمه اللّه. **قوله: (وكان الانتباذ إلخ)** قالوا: وإنما نهي عن هذه الأوعية على الخصوص لأن الأنبذة تشتد في هذه الظروف أكثر مما تشتد في غيرها اهـ غاية. **قوله: (ونهى عن الدباء إلخ)** قال الإتقاني: والدباء القرع جمع دباءة اهـ وكان الأولى أن

---

(١) أخرجه مسلم في الأشربة (٩٧٧)، وأبو داود في الأشربة (٣٦٩٨).

(٢) أخرجه مسلم في الأشربة (٩٧٧)، والترمذي في الأشربة (١٨٦٩)، وأحمد في مسنده (٢٢٥٠٧).

(٣) أخرجه البخاري في التوحيد (٧٥٥٦)، ومسلم في الأشربة (١٩٩٧).

(٤) أخرجه مسلم في الإيمان (١٨)، وأحمد في مسنده (١٠٧٩١).

فرق في ذلك بين أن تكون تخللت هي أو خللت، وقال الشافعي رحمه اللّه: إن خللها بإلقاء شيء فيها كالملح والخل لا يحل ذلك الخل قولاً واحداً، وإن كان بغير إلقاء شيء فيها بأن كان بالنقل من الظل إلى الشمس أو إيقاد النار بالقرب منها فلا يحل ذلك الفعل، وإن صار بذلك خلاً فله فيه قولان؛ **له ما روي عن أنس** «أنه ﷺ سئل عن الخمر تتخذ خلاً فقال: لا»[1] رواه مسلم وأحمد وأبو داود والترمذي وصححه، وعن أنس رضي اللّه عنه «أن أبا طلحة سأل النبي ﷺ عن أيتام ورثوا خمراً قال: أهرقوها قال: أفلا نجعلها خلاً قال: لا»[2] رواه أحمد وأبو داود، ولأنا أمرنا باجتناب الخمر وفي التخليل اقتراب منها على وجه التموّل فلا يجوز لأنه يضادّ النهي، ولأن ما يلقى في الخمر يتنجس بأول الملاقاة، وما يكون نجساً لا يفيد الطهارة بخلاف ما إذا تخللت بنفسها لأنه لم يوجد فيه تنجس شيء بالملاقاة والاقتراب حرام، وهو نظير قتل المورث فإنه يحرم الإرث لمباشرته الحرام وإن مات بنفسه ورثه وكذا صيد الحرم لا يحل له إذا أخرجه بل يجب عليه ردّه إليه وإن خرج بنفسه حل، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «نعم الادام الخل مطلقاً»[3] فيتناول جميع صورها ولأن بالتخليل إزالة الوصف المفسد وإثبات صفة الصلاح فيه من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به، والإصلاح مباح كالدباغ، وكذا الصالح لمصالح مباح والاقتراب لإعدام الفساد فأشبه الإراقة والتخليل أولى لما فيه من إحراز مال يصير حلالاً في المآل، فيختاره من ابتلى به، **والمنهي عنه بما روي** أن يستعمل الخمر استعمال الخل بأن ينتفع بها انتفاعه كالائتدام وغيره، وهو نظير ما روي أنه عليه الصلاة والسلام «نهى عن تحليل الحرام وتحريم الحلال وأن يتخذ الدواب كراسي»[4] والمراد الاستعمال، وفي التنزيل اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أرباباً من دون اللّه، قال عدي بن

يقول الشارح: وهو القرع اهـ **قوله: (له ما روي عن أنس إلخ)** في طريقه السدي اهـ **قوله: (والمنهي عنه بما روي إلخ)** قال الإتقاني: والجواب عن حديث أبي طلحة فنقول: إنما أمره النبي ﷺ بالإراقة قلعاً وقمعاً لهم عن أن يحوموا حول الخمور ويعتادوا على ذلك، لأنه كان في ابتداء تحريم الخمر لم يأمن النبي ﷺ من أن يشربوها إذا لم يريقوها فأمر بالإراقة

---

(١) أخرجه مسلم في الأشربة (١٩٨٣)، والترمذي في البيوع (١٢٩٤)، والدارمي في الأشربة (٢١١٥).

(٢) أخرجه أبو داود في الأشربة (٣٦٧٥)، وأحمد في مسنده (١١٧٧٩).

(٣) أخرجه مسلم في الأشربة (٢٠٥٢)، والترمذي في الأطعمة (١٨٤١)، وأحمد في مسنده (١٣٨١٣)، والدارمي في الأطعمة (٢٠٤٩).

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (١٥٢٢٣)، والدارمي في الاستئذان (٢٦٦٨) بنحوه.

حاتم: ما عبدناهم قط قال عليه الصلاة والسلام: «أليس كانوا يأمرون وينهون وتطيعونهم قال: نعم قال: هو ذلك»[١] فقد فسر الاتخاذ بالاستعمال أو نقول: ليس فيما روي دلالة على أن الخمر لا تطهر بالتخليل ولا له تعرض لذلك أصلاً، وإنما يوجب حرمة/ الفعل وهو التخليل لا غير وذلك لا يمنع حصول الطهارة إذا وجد، ألا [١٩٤/أ/٣] ترى أنا نهينا عن التوضؤ بماء مملوك للغير بدون رضاه وعن الاستنجاء بأشياء كثيرة ثم إذا فعل ذلك تحصل به الطهارة، وكذا الصلاة في الأرض المغصوبة والبيع منهي عنه، ثم إذا فعل ذلك يفيد حكمه مع حرمته وتنجس الشيء الملقى فيها للمجاورة فإذا صارت هي خلاً طهرت بالاستحالة ولم يبق مجاوراً للنجاسة، ألا ترى أن ظرفها طاهر لأن تنجسه بنجاستها فإذا طهر بالتخليل جميع أجزائها لم يوجد المنجس، وليس فيه تصرف في الخمر على قصد التموّل بل هو إتلاف لصفة الخمرية، ولا كذلك إخراج صيد الحرم وقتل المورث فافترقا، ثم إذا صارت الخمر خلاً يطهر ما يوازيها من الإناء، فأما أعلاه **وهو الذي انتقص منه الخمر**، فقد قيل: يطهر تبعاً، وقيل: لا يطهر لأنه تنجس بإصابة الخمر ولم يوجد ما يوجب طهارته فيبقى نجساً على ما كان ولو غسل بالخل فتخلل من ساعته طهر للاستحالة، وكذا إذا صب منه الخمر ثم ملئ خلاً يطهر في الحال لما قلنا.

قال رحمه الله: **(وكره شرب دردي الخمر والامتشاط به)** لأن فيه أجزاء الخمر

حسماً لمادّة الفساد، كما «نهى النبي ﷺ عن الانتباذ في الأوعية»[٢] ثم لما حصل لهم الفطام عن المسكرات رخص لهم في جميع الأوعية اهـ **قوله: (وهو الذي انتقص من الخمر)** قال شيخ الإسلام خواهرزاده في شرحه: وقد حكي عن الحاكم أبي نصر محمد بن مهروية أنه كان يقول: إن ما يوازي الإناء من الخل لا شك أنه يطهر لأن ما يوازي الخل من الإناء فيه أجزاء الخل وإنه طاهر، وأما أعلى الحب الذي انتقص من الخمر قبل صيرورته خلافاً فإنه يكون نجساً لأن ما يداخل أجزاء الحب من الخمر لم يصر خلاً بل يبقى فيه كذلك خمراً فيكون نجساً فيجب أن يغسل أعلاه بالخل حتى يطهر الكل، لأن غسل النجاسة الحقيقية بما سوى الخمر من المائعات التي تزيل النجاسة جائز عندنا، فإذا غسل أعلى الحب بالخل صار ما دخل فيه من أجزاء الخمر خلاً من ساعته فيطهر الحب بهذا الطريق، فأما إذا لم يفعل هكذا حتى ملئ من العصير بعد ذلك فإنه ينجس العصير ولا يحل شربه، لأنه عصير خالطه خمراً لا أن يصير خلاً كذا قال خواهر زاده اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وكره شرب دردي الخمر والامتشاط به)** الامتشاط به يصنعه بعض النساء لأنه يزيد في بريق الشعر

---

(١) لم أعثر عليه.

(٢) تقدم تخرجه.

فكان حراماً نجساً والانتفاع بمثله حرام، ولهذا لا يجوز أن يداوى به جرحاً **ولا أن يسقيي ذمياً** ولا صبياً والوبال لمن سقاه، **وكذا لا يسقيها الدواب**، وقيل: لا تحمل الخمر إليها أمّا إذا قيدت إلى الخمر فلا بأس به كما في الكلب والميتة، ولو ألقي الدردي في الخل فلا بأس به لأنه يصير خلاً **لكن يباح حمل الخل إليه دون عكسه**.

قال رحمه اللهّ: (ولا يحدّ شاربه) أي شارب الدردي (إلا إذا سكر) **وقال الشافعي رحمه للّه: يحد شاربه** لأن الحدّ يجب بشرب قطرة من الخمر وفي الدردي قطرات منها، ولنا أن وجوب الحدّ للزجر والزاجر يشرع فيما تميل الطباع إليه ولا تميل الطباع إلى شرب الدردي بل تعافه وتنفر منه فكان ناقصاً فأشبه غير الخمر من الأشربة ولا حدّ فيها إلا بالسكر، بخلاف الخمر لأن النفس تميل إليها وقليلها يدعو إلى كثيرها، ولا كذلك الدردي ولأن الغالب عليه الثفل فأشبه غالب الماء، ولو جعلت

وكانت عائشة رضي اللّه عنه تنهى النساء عن ذلك أشدّ النهي اهـ رازي. وقال الإتقاني: وإنما خص الامتشاط به لأن له تأثيراً في تحسين الشعر ودردي الزيت وغيره ثفله وهو ما يبقى في أسفله اهـ وكتب ما نصه قال أبو حنيفة: أكره دردي الخمر أن تمتشط به المرأة اهـ صلاة جلابي. **قوله**: (**ولا أن يسقي ذمياً**) قال في الأصل: أفتكره للمسلم أن يسقي الذمي خمراً أو مسكراً، قال: نعم لأن هذا تصرف من المسلم في الخمر لا على سبيل التطهير فلا يحل لأنه إعانة على المعصية، قال تعالى: ﴿ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾ [المائدة: ٢٠]، وقال في الأصل أيضاً: أفتكره أن يسقى الدواب الخمر قال: نعم لأنه انتفاع بالخمر وهو حرام وقال الفقيه أبو جعفر: إنما يكره إذا حمل الخمر إلى الدواب فإذا حمل الدواب إلى الخمر فلا بأس به قياساً على الميتة تحمل إلى الكلاب يكره، وإذا دعيت الكلاب إليها فلا بأس بذلك اهـ غاية. **قوله**: (**وكذا لا يسقيها الدواب**) كان أبو الحسن الكرخي يحكي عن أصحابنا أنه لا يحل للإنسان النظر إلى الخمر على وجه التلهي، ولا أن يبل بها الطين ولا أن يسقيها للحيوان، وكذلك الميتة لا يجوز أن يطعمها كلابه لأن في ذلك انتفاعاً واللّه تعالى حرم ذلك تحريماً مطلقاً معلقاً بأعيانها، وسئل عن الفرق بين الزيت تموت فيه الفأرة وبين الخمر في جواز الانتفاع بالزيت في غير جهة الأكل، وامتناع الانتفاع بالخمر من سائر الوجوه فكان يحتج في الفرق بينهما بأن الخمر محرمة العين، وإن الزيت غير محرّم العين وإنما منع أكله لمجاورته الميتة اهـ شامل شرح البرذوي. **قوله**: (**لكن يباح حمل الخل إليه دون عكسه**) قال شيخ الإسلام خواهرزاده: قالوا: يجب أن تحمل الخل إلى الخمر ولا تحمل الخمر إلى الخل كيلا يصير حاملاً للنجاسة من غير حاجة، ونظير هذا ما قالوا في الميتة: أن تدعو الكلاب إلى الميتة ولا تحمل الميتة إلى الكلاب، وكذلك قالوا: فيمن له أب نصراني أعمى وهو مسلم لا بأس بأن يقوده من البيعة إلى المنزل، ولا يجوز للابن أن يقوده من المنزل إلى البيعة لأن ذلك إعانة على المعصية فكذلك هذا اهـ إتقاني. **قوله**: (**وقال**

الخمر في مرقة فطبخت لا تؤكل للتنجس، والطبخ لا يؤثر في الخمر ولو أكل منه لا يحدّ إلا إذا سكر لغلبة غيرها عليها أو لكونها مطبوخة، وكذا إذا عجن الدقيق بها، ويكره الاحتقان بالخمر وإقطارها في الإحليل لأنه انتفاع بالنجس المحرّم، ولا يجب الحدّ لعدم الشرب وهو السبب، **وذكر في النهاية أن الاستشفاء بالحرام جائز إذ علم أن** فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره وعزاه إلى الذخيرة.

فصل في طبخ العصير

الأصل فيه أن ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد لا يعتدّ به حتى يعتبر ذهاب ثلثي ما بقي فيحل الثلث الباقي بعده، ولو صب فيه الماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ينظر إن كان الماء أسرع ذهاباً للطافته ورقته يعتبر ذهاب ثلثي العصير بعد ذهاب الماء الذي صب فيه كله وبعد ذهاب الزبد فيحل الثلث الباقي من العصير لأن الذاهب الأول هو الماء والزبد والباقي هو العصير فلا بد من ذهاب ثلثيه، وإن كانا يذهبان معاً فيطبخ حتى يذهب ثلثا المجموع بعد ذهاب الزبد فيحل الثلث الباقي بذهاب الثلثين **وبقاء الثلث ماء وعصيراً**، ولو طبخ العصير فذهب أقل من الثلثين ثم أهريق بعضه لا يحل الباقي حتى يذهب ثلثاه بالطبخ وطرق معرفته أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد الانصياب، ثم تقسم الخارج من الضرب على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شيء فما أصاب الواحد بالقسمة فذلك القدر هو الحلال فيطبخ الباقي إلى أن يبقى قدره فيحل، مثاله اثنا عشر رطلاً من العصير طبخ حتى ذهب أربعة أرطال ثم أهريق رطلان يأخذ ثلث العصير كله وهو أربعة فيضربه فيما بقي بعد الانصباب وهو ستة فيصير أربعة وعشرين فيقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب منه بالطبخ قبل/ أن يهراق منه، وذلك ثمانية فيصيب كل واحد منها [١٩٥/ ٣/١] ثلاثة فيكون ذلك القدر هو الحلال فيطبخ الباقي إلى أن يبقى قدره فيحل، وإن شئت قسمت ما ذهب بالطبخ على المنصب وعلى ما يفى بعد الانصباب، فما أصاب المنصب يجعل مع المنصب كأنه لم يكن فكأن جميع العصير هو الباقي وما أصابه من الذاهب بالطبخ، وقد ذهب منه ذلك القدر فيطبخ حتى يذهب إلى تمام الثلثين،

الشافعي: يحد شاربه) وبه قال مالك وأحمد اهـ ع. **قوله: (وذكر في النهاية أن الاستشفاء بالحرام جائز إلخ)** تقدّم في الكراهية ما يخالفه اهـ

فصل في طبخ العصير

قوله: (فصل في طبخ العصير) ينظر في المحيط اهـ **قوله: (وبقاء الثلث ماء وعصيراً)**

وإن شئت قلت: إن الباقي بعد الطبخ **قبل الانصباب** بعضه حلال **وهو قدر ثلث الجميع فإذا أهريق بعضه أهريق من الحلال بحساب**ه فيطبخ الباقي **حتى يبقى قدر ما فيه من الحلال** والله أعلم.

لأن الباقي ثلثاه ماء وثلثه عصير وقد ردّ العصير إلى الثلث فحل اهـ **قوله: (قبل الانصباب)** وهو ثمانية أرطال اهـ **قوله: (وهو قدر ثلث الجميع)** أي أربعة أرطال اهـ **قوله: (فإذا أهريق بعضه)** أي بعض الباقي وهو ربعه رطلان اهـ **قوله: (أهريق من الحلال بحسابه)** أي وهو ربعه واحد اهـ **قوله: (حتى يبقى قدر ما فيه من الحلال)** أي وهو ثلاثة أرطال اهـ

كتاب الصيد

قال رحمه اللّه: (هو الاصطياد) أي الصيد هو الاصطياد في اللغة يقال: صاد يصيد صيداً، وسمي به المصيد تسمية للمفعول بالمصدر فصار اسماً لكل حيوان متوحش ممتنع عن الآدمي **مأكولاً كان أو غير مأكول**، والاصطياد مباح في غير الحرم لغير المحرم، وكذا المصيد إن كان مأكولاً، لقوله تعالى: ﴿وإذا حللتم فاصطادوا﴾ [المائدة: ٢٠]، ولقوله تعالى: ﴿وحرم علكيم صيد البر وما دمتم حرماً﴾ [المائدة: ٩٦]، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «الصيد لمن أخذه»[١] ولقوله عليه الصلاة والسلام لعدي بن حاتم: «إذا أرسلت كلبك فاذكر اسم اللّه تعالى فإن أمسك عليك فأدركته حياً فاذبحه، وإن أدركته قد قتل ولم يأكل منه فكله فإن أخذ الكلب ذكاة»[٢] رواه البخاري ومسلم وأحمد، ولأنه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك فكان مباحاً كالاحتطاب **ليتمكن المكلف من إقامة التكاليف**.

قال رحمه للّه: (ويحل بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة) أي يحل الاصطياد بهذه الأشياء وغيرها من الجوارح كالشاهين والباشق والعقاب والصقر وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع، وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك إلا أن تدرك ذكاته فتذكيه، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين﴾ [المائدة: ٤] أي صيد ما علمتم من الجوارح، وهو معطوف على الطيبات والجوارح والكواسب والجرح الكسب، قال اللّه تعالى: ﴿ويعلم ما جرحتم بالنهار﴾ [الأنعام: ٦٠] أي

كتاب الصيد

ثم الاصطياد لا يقع إلا بآلة والآلة تنقسم على قسمين حيوان وجماد، فالجماد مثل السيف والرمح والشبكة والمعراض والنشاب وما أشبه ذلك، والحيوان مثل البازي والصقر والفهد والكلب ونحو ذلك اهـ غاية. **قوله**: (**مأكولاً كان أو غير مأكول**) والاصطياد مباح فيما يحل أكله، وما لا يحل فما حل أكله فصيده للأكل، وما لا يحل أكله فصيده لغرض آخر، أما الانتفاع بجلده أو شعره أو لدفع أذيته اهـ غاية. **قوله**: (**ليتمكن المكلف من إقامة**

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/٣١٨) وقال غريب.

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الصيد بلفظ «فإن أخذ الكلب ذكاة» (٥١٥٨)، ومثله مسلم (١٩٢٩)، وأحمد في مسنده بلفظ «فإن أخذه ذكاته» (٤/٢٥٩) رقم (١٨٢٧١).

كسبتم وقيل: هي أن تكون جارحة بنابها ومخلبها حقيقة، ويمكن حمل الآية على المعنيين فتشترط الجراحة حقيقة على ما هو ظاهر الرواية لأن في اشتراط الجرح من الكواسب عملاً بالمتيقن به، والمكلب المعلم من الكلاب ومؤدّبها ثم عم في كل ما أدب جارحة بهيمة كانت أو طائراً، ومعنى قوله: مكلبين معلمين الاصطياد تعلمونهن تؤدّبوهن فيتناول كل ما علم من الجوارح دل عليه ما روينا من حديث عدي رضي اللّه عنه، لأن اسم الكلب يقع على كل سبع حتى الأسد، **وعن أبي يوسف رحمه اللّه أنه استثنى** من ذلك الأسد والدب لأنهما لا يعملان لغيرهما، الأسد لعلوهمته والدب لخساسته، كذا ذكر في الهداية والكافي **وذكر في النهاية الذئب بدل الدب**، وكذا في المحيط ولأنهما لا يتعلمان عادة، ولأن التعليم يعرف بترك الأكل وهما لا يأكلان الصيد في الحال فلا يمكن الاستدلال بترك الأكل على التعلم حتى لو تصوّر التعلم منهما وعرف ذلك جاز ذكره في النهاية، وألحق بعضهم الحدأة بهما لخساستها، والخنزير مستثنى من ذلك لأنه نجس العين **فلا يجوز** الانتفاع به.

قال رحمه اللّه: (ولا بد من التعليم) لقوله تعالى: ﴿وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن﴾ [المائدة: ٤]، **ولقوله ﷺ لأبي ثعلبة**: «ما صدت بكلبك المعلم فذكرت اسم اللّه عليه فكل، وما صدت بكلبك غير المعلم فأدركت ذكاته فكل»[1] رواه البخاري ومسلم وأحمد، وكذا لا بد أن يكون المرسل أهلاً للذكاة بأن يكون مسلماً أو كتابياً وهو يعقل التسمية ويضبط على نحو ما ذكرنا في الذبائح.

التكاليف) أي من إقامة ما أوجبه اللّه تعالى عليه اهـ **قوله: (وعن أبي يوسف أنه استثنى إلخ)** قال الكرخي في آخر كتاب الصيد من مختصره: قال هشام: سألت محمداً عن صيد ابن العرس فأخبرني أن أبا حنيفة قال: إذا علم فتعلم فكل ما صاد قال محمد: ما كان له مخلب أو ناب فصيده يؤكل، يعني إذا علم قال هشام: سألت محمداً عن الذئب إذا علم فصاد فقال: هذا أرى أنه لا يكون، فإن كان فلا بأس به إلى هنا لفظ الكرخي. قال القدوري في شرحه: قالوا: في الأسد والذئب إنه لا يجوز الصيد بهما وليس ذلك لمعنى يعود إلى عينهما إنما هو لفقد التعليم، لأنهم قالوا: إن من عادتهما أن يمسكا صيدهما ولا يأكلاه في الحال، وإنما يستدل على التعليم بترك الأكل فإن تصوّر التعليم فيهما جاز اهـ إتقاني. **قوله: (وذكر في النهاية الذئب بدل الدب)** وفي الاختيار ذكر الثلاثة اهـ **قوله: (فلا يجوز)** أي الاصطياد به لأنه محرم العين فلا يجوز اهـ **قوله: (ولقوله ﷺ: لأبي ثعلبة)** أي الخشني اهـ قال في الإصابة: صحابي مشهور معروف بكنيته وهو منسوب إلى بني خشين وهو ممن

---

(١) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد (٥٤٧٨)، ومسلم في الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان (١٩٣٠)، وابن ماجه في الصيد (٣٢٠٧)، وأحمد في مسنده (١٧٢٩٨).

قال رحمه الله: (**وذا بترك الأكل** ثلاثاً في الكلب وبالرجوع إذا دعوته في البازي) أي التعليم في الكلب يكون بترك الأكل/ ثلاث مرات، وفي البازي بالرجوع [١٩٥ب/٣] إذا دعي روي ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما ولأن بدن الكلب يحتمل الضرب فيمكن ضربه حتى يترك الأكل، **وبدن البازى لا يحتمل الضرب** فلا يمكن تحقيق هذا الشرط فيه فاكتفى بغيره مما يدل على التعلم، ولأن آية التعلم ترك ما هو مألوفه عادة، وعادة البازي التوحش والاستنفار، وعادة الكلب الانتهاب والاستلاب لإلفه بالناس، فإذا ترك كل واحد منهما مألوفه دل على تعلمه وانتهاء علمه، وهذا الفرق لا يتأتى إلا في الكلب خاصة لأنه هو الألوف دون غيره من ذوات الأنياب فإنها ليست بألوف، والفرق الأوّل يتأتى في الكل لأن بدل كل ذي ناب يحتمل الضرب فأمكن تعليمه بالضرب إلى أن يترك الأكل، وإنما شرط ترك الأكل ثلاث مرّات وهو قولهما ورواية عن أبي حنيفة لأن علمه يعرف بتكرار التجارب والامتحان وهي مدة ضربت لذلك، كما في قصة موسى مع معلمه عليهما الصلاة والسلام وكمدّة الخيار لاختبار حال المبيع، وكذا قال عليه السلام: «إذا استأذن أحدكم ثلاثاً فلم يؤذن له فليرجع»[١] وقال عمر رضي الله عنه: إذا لم يربح أحدكم في التجارة ثلاث مرّات فليتحوّل إلى غيرها، وهذا لأن الكثير هو الذي يقع دلالة على التعلم دون القليل والجمع كثير ولهذا قال عليه الصلاة والسلام: «الثلاثة ركب»[٢] فقدّر به، وعند أبي حنيفة رحمه

بايع تحت الشجرة وضرب سهمه في خيبر وأرسله النبي ﷺ إلى قومه فأسلموا وكان لا يأتي عليه ليلة إلا خرج ينظر إلى السماء فينظر كيف هي ثم يرجع فيسجد، «وعن أبي هريرة قال: قال أبو ثعلبة: إني لأرجو الله أن لا يخنقني كما أراكم تخنقون عند الموت فبينما هو يصلي جوف الليل قبض وهو ساجد فرأت ابنته في النوم أن أباها قد مات فاستيقظت فزعة فنادت أين أبي قيل: لها في مصلاه فنادته له فلم يجبها فأتته فوجدته ساجداً فأنبهته فحركته فسقط ميتاً مات سنة خمس وسبعين» اهـ باختصار **قوله في المتن: (وذا بترك الأكل ثلاثاً)** في الكلب والتعليم عندنا أن يرسل ثلاث مرات كل ذلك يقتل الصيد ولا يأكل منه، وهذا قول أبي يوسف ومحمد قاله الإتقاني نقلاً عن مختصر الكرخي اهـ **قوله: (وبدن البازي لا يحتمل الضرب)** قال خواهر زاده: قول الشافعي في الجديد: بأن البازي وسائر طيور الوحش إذا أكل من الصيد لا يؤكل كما في الكلب والفهد وهو

---

(١) أخرجه البخاري في الاستئذان (٦٢٤٥) واللفظ له، ومسلم في الآداب (٢١٥٤)، وأبو داود في الأدب (٥١٨١)، وأحمد في مسنده (١٩٠١٦).

(٢) أخرجه الترمذي في الجهاد (١٦٧٤)، وأبو داود في الجهاد (٢٦٠٧)، وأحمد في مسنده (٦٧٠٩)، ومالك في موطئه في الجامع (١٨٣١).

اللّه لا يثبت التعلم ما لم يغلب على ظنه أنه قد تعلم ولا يقدّر بشيء لأن المقادير تعرف بالنص لا بالاجتهاد، ولا نص هنا **فيفوّض إلى رأي المبتلى به** كما هو دأبه في مثله كحبس الغريم والنجاسة المخففة المانعة من الصلاة والأعمال المفسدة للصلاة ونحو ذلك ذكر قوله في الأصل، وترك الأكل قد يكون للخوف من الضرب فلا يقع دلالة على التعلم، ولأن مدة التعلم تختلف بالحذاقة والبلادة فلا يمكن معرفتها، ثم إذا ترك ثلاثاً لا تحل الأولى ولا الثانية على قول من قال بالثلاث وهو ظاهر، وكذا الثالث عندهما لأنه لا يصير معلماً إلا بعد تمام الثلاث وقبله غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل فصار كبيع العبد المحجور عليه مال المولى بعلم المولى وهو ساكت، فإنه يصير مأذوناً له في التجارة ولا يلزم ذلك البيع حتى كان للمولى أن ينقضه إن شاء، وعند أبي حنيفة رحمه اللّه على الرواية الأولى يحل لأن تركه عند الثالث آية تعلمه فصار هذا صيد كلب عالم لأنا إنما حكمنا بكونه عالماً بطريق أن إمساكه على صاحبه قد تعين، وتحقق وكيف يحرم وقد أخذه له بعد إرساله بخلاف ما استشهد به لأن بيع العبد مال المولى لا يجوز، وإن كان مأذوناً له في التجارة حتى لو اشترى والمولى يراه ساكناً صار مأذوناً له وجاز شراؤه ولزمه، ولم يذكر البازي بكم إجابة يصير معلماً فينبغي أن يكون على الاختلاف الذي ذكره في الكلب ولو قيل: يصير معلماً بإجابة واحدة كان له وجه لأن الخوف ينفره بخلاف الكلب.

قال رحمه اللّه: (ومن التسمية عند الإرسال ومن الجرح في أيّ موضع كان) أي لا بدّ من التسمية عند الإرسال ومن الجرح في أيّ موضع كان من أعضائه، أما التسمية فلما تلونا وروينا من حديث ثعلبة، **والمراد به مع التذكر**، وأمّا إذا نسي التسمية عند الإرسال فلا بأس بأكله، وقد بيناه في الذبائح، وأمّا الجرح فالمذكور هنا ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما اللّه أنه لا يشترط رواه الحسن عنهما، وهو قول الشعبي، لقوله تعالى: ﴿ فكلوا مما أمسكن عليكم ﴾ [المائدة:

محجوج بما روى محمد في الأصل عن سعيد بن جبير عن ابن عباس أنه قال: في البازي يقتل الصيد فيأكل منه فقال: كل وقال: تعليم البازي أن تدعوه فيجيبك ولا تستطيع ضربه حتى يترك الأكل، وهذا قول روي عنه، ولم يروعن أقرانه خلافه، فحل محل الإجماع اهـ إتقاني. **قوله**: (**فيفوّض إلى رأي المبتلى به**) أي وهو الصائد اهـ غاية. **قوله**: (**والمراد به مع التذكر**) قال في الأصل: وكذلك إذا أرسله في صيد كثير وسمي مرة واحدة على الإرسال فإنه إذا قتل الكل يحل الكل بتسمية واحدة قال شيخ الإسلام خواهر زاده: في شرحه: فرق بين هذا وبين ما إذا ذبح شاتين بتسمية واحدة فإنه لا يحل ووجه الفرق بينهما أن الذبح في باب الكلب يحصل بالإرسال، ولهذا يشترط التسمية وقت الإرسال وإذا كان الفعل واحداً

٤] مطلقاً من غير قيد بالجرح فمن شرطه فقد زاد على النص وهو نسخ على ما عرف في موضعه، وكذا ما روينا من حديث عديّ وثعلبة يدل على ذلك لأنه مطلق فيجري على إطلاقه وإلا لزم نسخه بالرأي وهو لا يجوز وجه الظاهر، قوله تعالى: ﴿وما علمتم من الجوارح مكلبين﴾ [المائدة: ٤] على ما بينا **ولأن المقصود إخراج الدم المسفوح وهو يخرج بالجرح عادة**، ولا يتخلف عنه إلا نادراً/ فأقيم الجرح مقامه كما في الذكاة [١٩٦ أ/٣] الاختيارية والرمي بالسهم، ولأنه إذا لم يجرحه صار موقوذة وهي محرمة بالنص وما تلُي مطلق، وكذا ما رُوي فحملناه على المقيد لاتحاد الواقعة، وإنما لا يحمل المطلق على المقيد فيما إذا اختلفت الحوادث أو كان التقييد والإطلاق من جهة السبب، وأمّا إذا كانا من جهة الحكم والحادثة واحدة فيحمل عليه.

قال رحمه الله: (فإن أكل منه البازي أكل وإن أكل منه الكلب أو الفهد لا) وقال مالك والشافعي رحمهما اللّه: في القديم يؤكل، وإن أكل منه الكلب كالبازي لما روي عن عبداللّه بن عمرو «أن أبا ثعلبة قال: يا رسول اللّه إن لي كلاباً مكلبة فأفتني في صيدها فقال: إن كانت لك كلاب مكلبة فكل مما أمسكن عليك الحديث إلى أن قال هو للنبي ﷺ: وإن أكل منه قال عليه الصلاة والسلام: وإن أكل منه»[1] ولأن فعل الكلب إنما صار ذكاة لعلمه، وبالأكل لا يعود جاهلاً فصار كالبازي، ولنا ما روينا من حديث عدي رضي اللّه عنه وقوله تعالى: ﴿وما أكل السبع إلا ما ذكيتم﴾ [المائدة: ٣]، وقوله عليه الصلاة والسلام له: «إذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم اللّه فكل مما أمسكن عليك إلا أن يأكل الكلب فلا تأكل فإني أخاف أن يكون

تكفيه تسمية واحدة، وإن حصل به ذبح صيود كثيرة بخلاف ما لو ذبح شاة ثم أخرى لأن الثاني صار مذبوحاً بفعل غير الأوّل فلا بد من تسمية أخرى اهـ إتقاني رحمه اللّه. ستأتي هذه الحاشية في كلام الشارح عند قوله، وإن لم يرسله أحد إلخ **قوله: (ولأن المقصود إخراج الدم إلخ)** قال شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح كتاب الصيد: إنما يؤكل من صيد الكلب إذا أمسكه على صاحبه وقتله إذا حصل القتل بالجرح والعقر، فأما إذا قتله صدماً أو جثماً أو خنقاً حتى مات فإنه لا يؤكل منه، وإن أمسك على صاحبه اهـ إتقاني. والكسر كالخنق صرح به الشارح فيما سيأتي عند قوله في المتن: أو خنقه الكلب فانظره وما على قوله فيما سيأتي في هذا المجرد والكسر كالخنق بعد سبع قولات **قوله: (وهو يخرج بالجرح عادة)** قال الإتقاني: وإنما يحكم بالحل على ما صاده إذا جرحه لأن الجرح يعتبر للفصل بين الطاهر والنجس إلا أنه يشترط في مجموع العروق في موضع الاختيار لأنه

---

(١) أخرجه أبو داود في الصيد (٢٨٥٧)، وأحمد في مسنده (٦٦٨٦).

إنما أمسك على نفسه»(١) رواه البخاري ومسلم وأحمد، وعن إبراهيم عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا أرسلت كلبك المعلم فأكل من الصيد فلا تأكل فإنما أمسكه على نفسه، وإذا أرسلته فقتل ولم يأكل فكل فإنما أمسك على صاحبه»(٢) رواه أحمد، ومرويهما غريب فلا يعارض الصحيح المشهور ولئن صح فالمحرّم أولى على ما عرف في موضعه، والفرق بين البازي والكلب قد بيناه، ولو صاد الكلب صيوداً ولم يأكل منها شيئاً ثم أكل من صيده بعد ذلك لا يؤكل من الذي أكل منه، لأن أكله علامة جهله ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلماً على الاختلاف الذي بيناه في الابتداء، وأمّا الصيود التي أخذها من قبل فما أكل منها لا تظهر الحرمة فيه لعدم المحلية وما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق، وما هو محرز في البيت يحرم عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما لا يحرم لأن الأكل لا يدل على جهله لأن الحرفة قد تنسى وقد يشتد عليه الجوع فيأكل مع علمه، ولأن ما أحرزه قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لأن المقصود قد حصل بالأوّل بخلاف غير المحرز، ولأن المقصود لم يحصل فيه من كل وجه لبقاء الصيدية فيه من وجه لعدم الإحراز فيحرم احتياطاً، ولأبي حنيفة رحمه الله أن أكله آية جهله من الابتداء لأن الحرفة لا ينسى أصلها فبالأكل تبين أن تركه الأكل كان بسبب الشبع لا للتعلم، وقد تبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لأن المقصود يحصل بالأكل فصار كتبدّل اجتهاد القاضي قبل القضاء، ولأن علمه لا يثبت إلا ظاهراً فبقي جهله موهوماً، والموهوم في باب الصيد يلحق بالمتحقق احتياطاً ما أمكن، والإمكان في حق القائم جميعاً دون الغائب، وقال بعض المشايخ: إنما تحرم تلك الصيود عند أبي حنيفة إذا كان العهد قريباً، أما إذا تطاول العهد بأن أتى عليه شهر أو أكثر وصاحبه قد قدد تلك الصيود لا تحرم تلك الصيود في قولهم جميعاً لأن في المدة الطويلة يتحقق النسيان فلا يعلم أنه لم يكن معلماً في الماضي من الزمان، وفي المدّة القصيرة لا يتحقق النسيان فيظهر أنه لم يكن معلماً حين اصطياد تلك الصيود فتحرم تلك الصيود، وقال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: **الصحيح أن الخلاف في الفصلين، ولو أن صقراً فرّ من صاحبه**

أبلغ في الفصل، واكتفى بأصل الجرح في موضع الاضطرار اهـ **قوله: (الصحيح أن الخلاف في**

---

(١) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد (٥٤٨٧)، ومسلم في الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان (١٩٢٩).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٢٠٥٠).

فمكث حيناً ثم رجع إلى صاحبه فأرسله فصاد لا يؤكل صيده **لأنه ترك ما صار به عالماً** فيحكم بجهله، كالكلب إذا أكل من الصيد فيكون حكمه حكم الكلب فيما ذكرنا، ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل من لحمه شيئاً أكل لأنه ممسك عليه، وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له، ولو أخذ الصائد / الصيد من الكلب وقطع له منه قطعة وألقاها إليه فأكلها يؤكل ما بقي [١٩٦ ب/٣] لأنه أمسك على صاحبه وسلمه إليه وأكله بعد ذلك مما ألقى إليه صاحبه لا يضره، لأنه لم يأكل من الصيد وهو عادة الصيادين فصار كما إذا ألقى إليه طعاماً آخر، وكذا إذا خطف الكلب منه وأكله لأنه لم يأكل من الصيد **إذ لم يبق صيداً** في هذه الحالة، والشرط ترك الأكل من الصيد وقد وجد فصار كما إذا افترس شاته بخلاف ما إذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لبقاء جهة الصيدية فيه، ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لا يؤكل لأنه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد، ولو ألقى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه حتى أخذه صاحبه ثم ذهب إلى تلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد، لأنه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لا يضره، فإذا أكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه أولى، بخلاف الوجه الأول لأنه أكل في حالة الاصطياد فتبين أنه جاهل ممسك على نفسه، ولأن نهش البضعة قد يكون ليأكلها، وقد يكون حيلة في الاصطياد ليضعفه بالقطع منه فيتمكن منه فإن أكلها قبل الأخذ يدل على الوجه الأول، وبعده على الوجه الثاني.

قال رحمه اللّه: (وإن أدركه حياً ذكاه) لقوله عليه الصلاة والسلام لعدي: «إذا أرسلت كلبك فاذكر اسم اللّه عليه، وإن أمسك عليك فأدركته حياً فاذبحه»[١] الحديث رواه البخاري ومسلم وأحمد، ولأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل إذ المقصود هو الحل ولا يثبت قبل موته فبطل حكم البدل، والبازي والسهم كالكلب لأن المعنى يشمل الكل.

قال رحمه اللّه: (**وإن لم يذكه** أو خنقه الكلب ولم يجرحه أو شاركه كلب غير

الفصلين) أي طالت المدة أو قصرت اهـ **قوله: (ولو أن صقراً فر من صاحبه)** أي وقد كان عالماً به اهـ غاية. **قوله: (لأن ترك ما صار به عالماً)** وهو إجابته إلى صاحبه داعياً ومرسلاً اهـ غاية. **قوله: (إذ لم يبق صيداً في هذه الحالة)** لأن الصيد اسم لمتوحش غير محرز وقد زال التوحش بالقتل، وزال كونه غير محرز بالإحراز فالتحق بالشاة ولو تناول من الشاة **لا يحكم** بجهله، فكذا هذا لأنه لم يبق صيداً أصلاً اهـ غاية. **قوله في المتن: (وإن لم يذكه)** أي حتى

---

(١) تقدم تخرجه.

معلم أو كلب مجوسي، أو كلب لم يذكر اسم اللّه عليه عمداً حرم) أما إذ لم يذك فلأنه لما أدركه حياً صار ذكاته ذكاة الاختيار لما روينا وبينا من المعنى فبتركه يصير ميتة، وهذا إذا تمكن من ذبحه، أما إذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة قدر ما يكون في المذبوح بأن بقر بطنه ونحو ذلك ولم يبق إلا مضطرباً اضطراب المذبوح فحلال لأن هذا القدر من الحياة لا يعتبر فكان ميتاً حكماً، ألا ترى أنه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم، كما إذا وقع بعد موته لأن موته لا يضاف إليه والميت ليس بمحل للذكاة، وذكر الصدر الشهيد أن هذا بالإجماع وقيل: هذا قولهما وعند أبي حنيفة رحمه اللّه لا يحل إلا إذا ذكاه بناء على أن الحياة الخفية معتبرة عنده، وعندهما غير معتبرة حتى حلت المتردّية والنطيحة والموقوذة ونحوها بالذكاة إذا كان فيها حياة، وإن كانت خفية عنده وعندهما لا تحل إلا إذا كانت حياتها بينة، وذلك بأن تبقى فوق ما يبقى المذبوح عند محمد رحمه اللّه وعند أبي يوسف رحمه اللّه أن تكون بحال يعيش مثلها ليكون موتها مضافاً إلى الذكاة والسهم مثله، وإن كان فيه من الحياة فوق ما يكون في المذبوح، فكذلك في رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول الشافعي لأنه لم يقدر على الأصل فصار كالمتيمم إذا رأى الماء ولم يقدر على استعماله ولا يؤكل في ظاهر الرواية لأنه قادر حكماً لثبوت يده عليه وهو قائم مقام التمكن من الذبح، إذ لا يمكن اعتبار الذبح نفسه حقيقة لأن الناس يختلفون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح فلا يمكن ضبطه فأدير الحكم على ثبوت اليد، لأنه هو المشاهد المعاين فلا يحل أكله إلا بالذكاة سواء كانت حياته خفية أو بينة بجرح المعلم أو غيره من السباع **وعليه الفتوى**، لقوله تعالى: ﴿وما أكل السبع إلا ما ذكيتم﴾ [المائدة: ٣] استثناه مطلقاً من غير تفصيل فيتناول كل حي مطلقاً، وكذا قوله عليه الصلاة والسلام لعدي: فإن أمسك عليك فأدركته حياً فاذبحه مطلق فيتناول كل حي مطلقاً والحديث صحيح رواه البخاري ومسلم وأحمد، وفصل الشافعي رحمه اللّه تفصيلاً آخر غير ما ذكرنا فقال/ : إن لم يتمكن من الذبح لفقد الآلة لم يؤكل لأن التقصير من جهته، وإن كان [١٩٧/أ/٣] لضيق الوقت أكل لعدم التقصير والحجة عليه ما تلونا وما روينا، وأما إذا خنقه الكلب ولم يجرحه فلما بينا عند قوله: لا بد من التعليم والتسمية والجرح، وذكرنا اختلاف الرواية **والكسر كالخنق** حتى لا يعتدّ به لأنه لا يفضي إلى خروج الدم، وأما إذا شاركه

مات اهـ هداية. **قوله**: (**وعليه الفتوى**) أي على حد الأكل إذا ذكى الصيد وفيه حياة في جميع الأحوال وهو قول أبي حنيفة اهـ غاية. **قوله**: (**والكسر كالخنق**) قال الإتقاني: وأما إذا

كلب غير معلم أو كلب مجوسي أو كلب لم يذكر اسم اللّه عليه عمداً، فلما روينا عن عدي بن حاتم رضي اللّه عنه أنه قال : قلت: «يا رسول اللّه إني أرسل كلبي وأسمي فقال: إذا أرسلت كلبك وسميت فأخذ فقتل فكل فإن أكل منه فلا تأكل فإنما أمسك على نفسه، قلت: إني أرسل كلبي فأجد معه كلباً آخر لا أدري أيهما أخذه فقال: لا تأكل فإنما سميت على كلبك ولم تسم على غيره»[١]، وفي رواية أن رسول اللّه ﷺ قال: «إذا أرسلت كلبك فاذكر اسم اللّه عليه فإن وجدت مع كلبك كلباً غيره، وقد قتل فلا تأكل فإنك لا تدري أيهما قتله»[٢] رواهما البخاري ومسلم وأحمد رحمهم اللّه، وهذا صحيح فيكون حجة على مالك والشافعي رحمهما اللّه في قوله القديم: إنه لا يحرم بأكل الكلب الصيد، وعلى الشافعي في متروك التسمية عمداً أيضاً، ولأنه اجتمع فيه المبيح والمحرم فيغلب فيه جهة الحرمة لقوله عليه الصلاة والسلام: «ما اجتمع الحلال والحرام إلا وقد غلب الحرام الحلال»[٣] ولأن الحرام واجب الترك، والحلال جائز الترك فكان الاحتياط في الترك، ولو ردّه عليه الكلب الثاني ولم يجرحِه معه ومات بجرح الأول يكره أكله لوجود المعاونة في الأخذ وفقدها في الجرح، ثم قيل: الكراهة كراهة تنزيه لأن الأوّل لم تفرّد بالجرح والأخذ غلب جانب الحل فصار حلالاً وأوجبت إعانة غير المعلم الكراهة دون الحرمة، وقيل: كراهة تحريم وهو اختيار الحلواني لوجود المشاركة من وجه بخلاف ما إذا ردّه عليه المجوسي بنفسه حيث لا يحرم ولا يكره، لأن فعل المجوسي ليس من جنس فعل

لم يجرحه، ولم يخنقه ولكنه كسر عضواً منه فمات فإن أبا الحسن الكرخي ذكر أنه لم يجد عن أبي حنيفة شيئاً مصرحاًوقد حكى محمد في الزيادات المسألة وأجاب فيها جواباً مطلقاً أنه إذا لم يجرح لم يؤكل، وهذا يقتضي أنه لا يحل بالكسر، فقال الكرخي في مختصره: وذكر أبو يوسف في إثر حكايته عن أبي حنيفة فقال: إن قتله من غير أن يجرحه بناب ولا مخلب فإنه لا يؤكل وكذلك لو صدمه فقتله ولم يكسر ولم يجرح فإن جرح بناب أو مخلب أو كسر عضواً فقتله فلا بأس بأكله إلى هنا لفظ الكرخي قال القدوري في شرحه: وظاهر هذا الكلام يقتضي أن الجرح كالكسر وجهه أن الكسر جراحة باطنة فيه فهي كالجراحة الظاهرة، ووجه ما حكاه محمد أن الجرح يقع بأهار الدم وهذا المعنى لا يوجد

---

(١) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد (٥٤٨٦)، ومسلم في الصيد وما يؤكل من الحيوان (١٩٢٩)، والنسائي في الصيد (٤٢٧٠)، وأحمد في مسنده (١٨٩٠١).

(٢) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد (٥٤٨٥)، ومسلم في الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان (١٩٢٩)، والنسائي في الصيد والذبائح (٤٢٦٨).

(٣) أخرجه البيهقي في سِننه (٧/ ١٦٩).

الكلب فلا تتحقق المشاركة أصلاً وفعل الكلب من جنس فعل الكلب فتحققت المشاركة من وجه ولو لم يرد الكلب الثاني عليه **لكن اشتدّ** على الأول فاشتدّ الأوّل على الصيد بسببه فأخذه فقتله فلا بأس بأكله لأن فعل الثاني أثر في الكلب الأول حتى ازداد طلباً، ولم يؤثر في الصيد فكان تبعاً لفعله لأنه بناء عليه فلا يضاف الحكم إلى التبع **بخلاف ما إذا ردّه** عليه لأنه لم يصر تبعاً فيضاف إليهما، ولو ردّه عليه سبع أو ذو مخلب من الطير مما يجوز أن يعلم فيصاد به فهو كما لو ردَّه الكلب عليه فيما ذكرنا لوجود المجانسة في الفعل، بخلاف ما إذا ردّ عليه ما لا يجوز الاصطياد به كالجمل والبقر، والبازي في ذلك كالكلب في جميع ما ذكرنا من الأحكام.

قال رحمه االلّه: (وإن أرسل مسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر حل، ولو أرسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر حرم) **والمراد بالزجر** التهييج أي هيجه فهاج بأن صاح عليه فازداد في العدو، وإنما يحل في الأوّل ويحرم في الثاني لأن الزجر دون الإرسال لكونه بناء عليه فلا ينتسخ به الإرسال لأن الشيء لا يرتفع إلا بمثله أو بما هو فوقه ولا يرتفع بما هو دونه، كنسخ الآي فلا يرتفع إرسال المسلم بزجر المجوسي في الوجه الأول ولا إرسال المجوسي بزجر المسلم في الوجه الثاني فبقي كل واحد منهما على ما كان عليه ولا يتغير بالزجر، وكل من لا تجوز ذكاته كالمحرم والمرتد والوثني وتارك التسمية عامداً في هذا بمنزلة المجوسي غير أن المحرم يجب عليه الجزاء بالزجر لما فيه من التعرض للصيد، ألا ترى أنه يجب عليه الجزاء بالدلالة وهو دونه فبالزجر أولى وهو فوقها فلا يلزم من اعتبار الدلالة في حق لزوم الجزاء اعتباره في حق انتساخ الفعل.

قال رحمه اللّه: (وإن لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر حل) وهذا استحسان، والقياس أن لا يحل لأن الإرسال جعل ذكاة عند الاضطرار للضرورة فإذا لم يوجد الإرسال انعدم الذكاة حقيقة وحكماً فلا يحل والزجر/ بناء عليه فلا يعتبر على [١٩٧/ب٣] ما بينا، ووجه الاستحسان أن الزجر عند عدم الإرسال يجعل إسالاً لأن انزجاره عقيب زجره دليل طاعته فيجب اعتباره فيحل إذ ليس في اعتباره إبطال السبب، بخلاف الفصل الأوّل ولا يقال: الزجر دون الانفلات لكونه بناء عليه فلا يرتفع الانفلات فصار

بالكسر فصار كالخنق، وكذا في شرح القدوري اهـ **قوله: (لكن اشتد)** أي اشتد الكلب الثاني على أثر الكلب الأول المعلم يعني عدا خلفه واتبعه من ورائه حتى عدا الكلب الأول على الصيد فأخذه اهـ إتقاني. وكتب ما نصه أي عدا كذا في ديوان الأدب اهـ غاية. **قوله: (بخلاف ما إذا ردّه)** أي ردّ المجوسي الصيد على الكلب المعلم اهـ **قوله: (والمراد بالزجر إلخ)** قال صاحب الهداية: والمراد بالزجر الإغراء بالصياح عليه أي على الكلب،

مثل الفصل الأوّل والجامع أن الزجر فيهما بناء على الأوّل، لأنا نقول: الزجر إن كان دون الانفلات من هذا الوجه فهو فوقه من وجه آخر من حيث أنه فعل المكلف فاستويا فنسخ الانفلات، لأن آخر المثلين يصلح ناسخاً للأوّل كما في نسخ الأحكام، بخلاف الفصل الأوّل لأن الزجر لا يساوي الإرسال بوجه من الوجوه لأن كل واحد منهما فعل المكلف، والزجر بناء على الإرسال فكان دونه من كل وجه فلا يرتفع به، والبازي كالكلب فيما ذكرنا ولو أرسل كلبه المعلم على صيد معين فأخذ غيره وهو على سننه حل **وقال مالك** رحمه اللّه: لا يحل لأنه أخذه بغير إرسال إذ الإرسال مختص بالمشار إليه والتسمية وقعت عليه فلا تتحول إلى غيره، فصار كما إذ أضجع شاة وسمى عليها وخلاها فذبح غيرها بتلك التسمية، وقال ابن أبي ليلى رحمه اللّه: يتعين الصيد بالتعيين مثل قول مالك رحمه اللّه حتى لا يحل غيره بذلك الإرسال ولو أرسل من غير تعيين يحل ما أصابه خلافاً لمالك، وهذا بناء على أن التعيين شرط عند مالك وعنده ليس بشرط ولكن إذا عين يتعين وعندنا التعيين ليس بشرط، ولا يتعين بالتعيين لأن الشرط ما يقدر عليه المكلف ولا يكلف ما لا يقدر عليه، والذي في وسعه إيجاد الإرسال دون التعيين لأنه لا يمكنه أن يعلم البازي والكلب على وجه لا يأخذ إلا ما يعنيه له، ولأن التعيين غير مفيد في حقه، ولا في حق الكلب فإن الصيود كلها فيما يرجع إلى مقصود سواء، وكذا في حق الكلب لأن قصده إلى أخذ كل صيد يتمكن من أخذه بخلاف ما استشهد به مالك رحمه اللّه لأن التعيين في الشاة ممكن، وكذا غرضه متعلق بمعين فتتعلق التسمية هناك بالمضجع للذبح وفيما نحن فيه بالآلة، ولو أرسله على صيود بتسمية واحدة حالة الإرسال فقتل الكل حل الجميع لأن الذبح يقع بالإرسال، ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل وهو الإرسال

وبالانزجار إظهار زيادة الطلب أي طلب الكلب للصيد اهـ إتقاني. **قوله: (وقال مالك: إلخ)** ساق الخلاف في المجمع بيننا وبين الشافعي فقال: ولو أرسله على صيد فأخذ غيره من غير عدول ولا مكث يحله، قال ابن فرشتا: قيد بهما لأنه لو انصرف عن طريقه يميناً وشمالاً أو مكث لا يحل اتفاقاً وساق الإتقاني الخلاف بيننا وبين مالك فقط كما ذكر الشارح، فقال: قال في الأصل: أرأيت الرجل يرسل كلبه على صيد فيأخذ صيداً غيره في وجهه ذلك أيؤكل قال: نعم، قال شيخ الإسلام خواهر زاده: وهذا مذهب علمائنا، وقال مالك: بأنه لا يحل وأجمعوا أنه لو انحرف يميناً وشمالاً فأخذ صيداً وقتله فإنه لا يحل، وقال الحاكم الشهيد في الكافي: وإذا أرسل كلبه أو بازه إلى صيد فأخذ ذلك الصيد أو أخذ غيره، أو أخذ عدداً من الصيد فهو كله حلال ما دام في وجه إرساله، فإن قتل واحداً أو جثم عليه طويلاً ثم مر به صيد آخر فأخذه لم يؤكل لأنه خرج من حال الإرسال إلى هنا لفظ

واحد فيكتفي بتسمية واحدة فصار كما إذا أضجع شاتين إحداهما فوق الأخرى فذبحهما دفعة واحدة بتسمية واحدة، بخلاف ما إذا كان على التعاقب لأن الفعل متعدد فلا بدَّ من تعدد التسمية، ومن أرسل فهداً **فكمن** حتى يتمكن من الصيد ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل لأن ذلك عادة له يحتال لأخذه لا استراحة فلا ينقطع به فور الإرسال، وكيف ينقطع وقصد صاحبه يتحقق بذلك وعدّ ذلك منه من الخصال الحميدة، قال الحلواني: للفهد خصال حميدة **فينبغي لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه** منها أن يكمن للصيد حتى يستمكن منه، وهكذا ينبغي للعاقل أن لا يجاهر عدوّه بالخلاف، ولكن يطلب الفرصة حتى يستمكن منه فيحصل مقصوده من غير إتعاب نفسه، **ومنها أنه** لا يعدو خلف صاحبه حتى يركبه خلفه وهو يقول: هو المحتاج إليّ فلا أذل، وهكذا ينبغي للعاقل أن لا يذل نفسه فيما يفعل لغيره، ومنها أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه إذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك، وهكذا ينبغي للعاقل أن يتعظ بغيره كما قيل: السعيد من اتعظ بغيره، ومنها أنه لا يتناول الخبيث من اللحم وإنما يطلب من صاحبه اللحم الطيب، وهكذا ينبغي للعاقل أن لا يتناول إلا الطيب، ومنها أنه يثب ثلاثاً أو خمساً فإن لم يتمكن من أخذه تركه، ويقول: لا أقتل نفسي فيما أعمل لغيري، وهكذا ينبغي للعاقل، **وكذا الكلب** إذا اعتاد الاختفاء لا يقطع فور الإرسال لما بينا فيه الفهد، **ولو أسل كلبه** فأخذ / صيداً فقتله ثم أخذ آخر فقتله أكلا جميعاً لأن الإرسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهماً إلى صيد فأصابه وغيره، ولو جثم على الأول طويلاً ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع الإرسال بمكثه طويلاً، إذ لم يكن ذلك حيلة منه للأخذ وإنما هو [١٩٨/١ /٣]

الكافي اهـ **قوله**: (**فكمن**) أي استتر اهـ قال في المصباح: كمن كموناً من باب قعد توارى واستخفى اهـ **قوله**: (**قال أي السرخسي**) ناقلاً عن شيخه شمس الأئمة اهـ كاكي. **قوله**: (**فينبغي لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه**) قال شيخ الإسلام خواهر زاده في شرحه: يقال: إن في الفهد خصالاً لو كان واحد منها في بني آدم لكان من أشرف الناس اهـ **قوله**: (**ومنها أنه**) أي لا يأكل الميتة وإنما يأكل الذكية يعني أنه لا يأكل الخبيث، وإنما يأكل الطيب اهـ غاية. **قوله**: (**وكذ الكلب**) قال الكرخي في مختصره: وكذلك الكلب إذا أرسله الرجل فصنع كما يصنع الفهد فلا بأس بأكل ما صاده، وذلك لأن المكث ساعة حيلة منه للاصطياد لا للاستراحة فيعدّ ذلك من حذاقة الحيوان فلا يكون قاطعاً للإرسال، بل يكون من أسباب الاصطياد كالوثوب والعدو اهـ غاية. **قوله**: (**ولو أرسل كلبه إلخ**) قال أبو الحسن الكرخي في مختصره: إذا أرسل المسلم كلبه على صيد وسمى فأدرك الكلب الصيد فوقذه ثم ضربه ثانياً فقتله أكل، وكذلك لو أرسل كلبين على صيد فضربه أحدهما فوقذه ثم ضربه كلبه

استراحة بخلاف ما تقدم، ولو أرسل بازيه المعلم على صيد فوع على شيء ثم أتبع الصيد فأخذه وقتله يؤكل إذ لم يمكث زماناً طويلاً للاستراحة، وإنما مكث ساعة للكمين، ولو أن بازياً معلماً أخذ صيداً فقتله ولا يدري أرسله إنسان أولا لا يؤكل لوقوع الشك في الإرسال ولا تثبت الإباحة بدونه، ولئن كان مرسلاً فهو مال الغير فلا يجوز تناوله إلا بإذن صاحبه، ولو أرسل كلبه على صيد فأخذ الكلب الصيد فجرحه ثم جرحه آخر فقتله أكل، وكذا لو أرسل كلبين فجرحه أحدهما ثم قتله الآخر أكل لأن الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفواً ما لم يكن إرسال أحدهما بعدما أثخنه الأوّل، ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلباً فجرحه أحدهما وقتله الآخر أكل إذا كان إرسال الثاني قبل أن يثخنه الأوّل لما بينا، والملك لصاحب الأول إن كان أثخنه قبل أن يجرحه الثاني لأنه أخرجه عن حد الصيدية فملكه بها، ولا يحرم بجرح الثاني بعدما أثخنه الأول لأن الإرسال الثاني حصل إلى الصيد لكونه قبل أن يثخنه لأن المعتبر في الحل والحرمة حالة الإرسال لقدرته على الامتناع ولا تعتبر بعده لعدم قدرته عليه.

قال رحمه اللّه: (وإن رمى وسمى وجرح أكل) أي رمى إلى الصيد فأصابه يؤكل إذا جرح لقوله عليه الصلاة والسلام لعدي بن حاتم: «إذا رميت سهمك فاذكر اسم اللّه عليه **فإن وجدته قد قتل** فكل إلا أن تجده قد وقع في ماء فإنك لا تدري الماء قتله أم سهمك»[1] رواه البخاري ومسلم وأحمد، وشرط الجرح لما روي عن إبراهيم عن عدي بن حاتم قال: قال رسول اللّه ﷺ: «**إذا رميت فسميت فخزقت فكل**، وإن لم تخزق فلا تأكل ولا تأكل من المعراض إلا ما ذكيت ولا تأكل من البندقة إلا ما ذكيت»[2] رواه أحمد، ولا فرق في ذلك بين أن يصيب الرمي بنفسه أو غيره من الصيد كما في إرسال الكلب على ما بينا، وفي إطلاق قوله: في المختصر فإن رمى وسمى وجرح أكل إشارة إليه حيث لم يعين المرمي ولا المصاب حتى يدخل تحته ما

الآخر فقتله أكل، قال القدوري في شرحه: وذلك لأن هذا المعنى لا يمكن ضبطه من فعل الكلب ألا ترى أنه لا يمكن أن يعلم ترك الجرح بعد الجرح الأول، وما لا يمكن تعليمه يسقط اعتباره فكان قتله بجرح واحد اهـ إتقاني رحمه اللّه. **قوله: (فإن وجدته قد قتل)** أي جرح اهـ **قوله: (إذا رميت فسميت فخزقت فكل)** وفي حديث عدي أنه قال عليه الصلاة والسلام: «ارم بالمعراض فيخزق قال: إن خزق فكل وإن أصاب بعرضه فلا

---

(١) أخرجه مسلم في الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان (١٩٢٩)، والترمذي في الصيد (١٤٦٩)، والنسائي في الصيد والذبائح (٤٢٩٨)، وأحمد في مسنده (١٨٨٩٨).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (١٨٩٠٢).

إذا سمع حساً فظنه صيداً فرماه فأصاب صيداً آخر ثم تبين أنه حس صيد يحل أكله **سواء كان الصيد المسموع حسه** مأكولاً أو غير مأكول بعد أن كان المصاب مأكولاً، لأنه وقع اصطياداً مع قصده ذلك، وعن أبي يوسف رحمه اللّه أنه خص من ذلك الخنزير لتغلظ حرمته، ألا ترى أنه لا تثبت الإباحة في شيء منه بخلاف السباع لأنه يؤثر في جلده **وزفر خص منها ما** لا يؤكل لحمه لأن الاصطياد لا يفيد الإباحة فيه، ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فيكون داخلاً تحت قوله: وإذا حللتم فاصطادوا فكان اصطياده مباحاً، وإباحة التناول ترجع إلى المحل **فيثبت بقدر ما يقبلها لحماً أو جلداً**، وقد لا يثبت بالكلية إذا لم يقبلها المحل، وإذا وقع اصطياداً صار **كأنه رمى إلى صيد** فأصاب غيره، وإن تبين أنه حس جراد أو سمك ذكر في النهاية معزياً

تأكل»(١). وفي حديث آخر «ما خزقتم فكلوه إذا ذكرتم اسم اللّه عليه»(٢). والسين لغة والراء تصحيف قاله في المغرب في الخاء مع الزاي المعجمتين اهـ **قوله: (سواء كان الصيد المسموع حسه إلخ)** يعني رمى المسموع حسه على ظن أنه صيد فأصاب سهمه صيداً غير المسموع حسه، فظهر أن المسموع حسه كان صيداً لا آدمياً ولا شاةً ولا نحو ذلك حل ما أصابه سهمه إذا كان مما يؤكل لحمه، سواء كان المسموع حسه مأكول اللحم أو غير مأكول اللحم لأنه قصد الاصطياد بالرمي، وكذلك إذا أرسل كلبه أو بازه في هذه الصورة اهـ إتقاني. قال القدوري في شرحه: وجملة هذا الباب أن من سمع حساً فظنه صيداً فأرسل عليه كلبه أو بازه أو رماه بسهمه فأصاب صيداً وبان أن الحس الذي لم يكن حس صيد وإنما كان شاة أو بقرة أو آدمياً لم يؤكل الصيد الذي أصابه في قولهم، لأنه أرسل إلى غيرصيد فلم يتعلق به حكم الإباحة وصار كأنه رمى إلى آدمي يعلم به فأصاب صيداً لم يؤكل، وأما إذا كان الحس حس صيد مأكول أو غير مأكول، فإن أصاب صيداً مأكولاً أكل، وقال زفر: إن كان حس صيد لا يؤكل لحمه كالسباع وما أشبهها لم يؤكل، وروي عن أبي يوسف أنه قال: إن كان حس سبع أكل الصيد، وإن كان حس خنزير لم يؤكل الصيد اهـ غاية. **قوله: (وزفر رخص منها)** أي من جملة المسموع حسه اهـ **قوله: (فيثبت)** أي يثبت التناول بقدر ما يقبل المحل، يعني إن كان يقبل المحل التناول من حيث اللحم يثبت تناول اللحم، وإن كان يقبل تناول الجلد لا اللحم يثبت ذلك فينتفع بجلده، وإن لم يقبل تناولهما جميعاً كما في الخنزير فحينئذ يكون الاصطياد لدفع أذيته، فإذا كان الاصطياد مباحاً حل المصاب إذا كان مأكول اللحم، وإن كان المسموع حسه لا يحل أكله اهـ غاية. **قوله: (بقدر ما يقبلها لحماً أو جلداً)** أي أو شعراً أو ريشاً أو دفع أذيته اهـ غاية. **قوله: (صار**

---

(١) أخرجه النسائي في الصيد والذبائح (٤٢٦٧)، وأحمد في مسنده (١٧٨٠٢).

(٢) أخرج الطبراني في المعجم الكبير بنحوه (١٧/ ٧٢) رقم (١٤٨).

إلى المغني أن المصاب لا يؤكل لأن الذكاة لا تقع عليهما فلا يكون الفعل ذكاة، وأورده على قول صاحب الهداية ثم تبين أنه حس صيد حل المصاب فقال: كان من حقه أن يقال: ثم تبين أنه حس صيد يحتاج في حل أكله إلى الذبح أو الجرح، وقال صاحب الهداية: في آخر هذه المسألة ولو رمى إلى سمكة أو جرادة فأصاب صيداً يحل في رواية عن أبي يوسف رحمه للّه **لأنه صيد**، وفي رواية أخرى عنه لا يحل لأنه لا ذكاة فيهما فكان يمكنه أن يخرج ما ذكره صاحب الهداية على رواية الحل فلا يرد عليه ما أورده ولا يحتاج إلى زيادة ذلك القيد، الذي ذكره، وفي فتاوى قاضيخان لو رمى إلى جراد أو سمكة وترك التسمية / فأصاب طائراً أو صيداً آخر فقتله حل أكله، [١٩٨ ب/٣] وعن أبي يوسف رحمه اللّه روايتان والصحيح أنه يؤكل، وهذا أوضح من الكل فلا يرد عليه أصلاً، **وإن تبين** أن المسموع حسه آدمي أو حيوان أهلي أو ظبي مستأنس أو موثق لا يحل المصاب، لأن الفعل لم يقع اصطياداً فلا يقوم مقام الذكاة، ولو رمى إلى طائر فأصاب غيره من الصيود وفرّ الطائر ولا يدري أهو وحشي أم **لا حل المصاب** لأن الظاهر فيه التوحش، بخلاف ما لو رمى إلى بعير فأصاب صيداً ولا يدري أهو نادّ أم لا حيث لا يحل المصاب لأن الأصل فيه الاستئناس فيحكم على كل واحد منهما بظاهر حاله، ولو أصاب المسموع حسه وقد ظنه آدمياً فتبين أنه صيد حل لأنه لا معتبر بظنه مع تعينه صيداً ذكره في الهداية، وقال المنتقى: إذا سمع حساً بالليل فظن أنه إنسان أو دابة أو حية فرماه فإذا ذلك الذي سمع حسه صيد فأصاب سهمه ذلك الصيد الذي سمع حسه أو أصاب صيداً آخر وقتله لا يؤكل لأنه رماه وهو لا يريد الصيد، ثم قال: ولا يحل الصيد إلا بوجهين أن يرميه وهو يريد الصيد، وأن يكون الذي أراده وسمع حسه ورمى إليه صيداً سواء كان مما يؤكل أو لا، وهذا يناقض ما ذكره في الهداية وهذا أوجه لأن الرمي إلى الآدمي ونحوه ليس باصطياد فلا يمكن اعتباره ولو أصاب صيداً، وما ذكره صاحب الهداية يناقض ما ذكره هو بنفسه أيضاً من قوله، وإن تبين أنه حس آدمي لا يحل المصاب، وعلى اقتضاء ما ذكره هنا أن يحل لأن المصاب

كأنه رمى إلى صيد) أي مأكول اهـ **قوله: (لأنه صيد)** أي وإن كان لا ذكاة له اهـ غاية. **قوله: (وإن تبين إلخ)** قالوا: ولو أرسل كلبه على طير موثق فأصاب صيداً لم يؤكل، لأن الموثق لا يجوز صيده بالكلب وهو كالشاة ولو أرسل بازه على ظبي وهو لا يصيد الظباء فأصاب صيداً لم يؤكل، لأن هذ الإرسال لم يقصد به الاصطياد فصار كمن أرسل كلباً على فيل فأصاب صيداً كذا ذكر القدوري في شرحه اهـ إتقاني. **قوله: (حل المصاب)** وهذا مبني على أن الطير الداجن إذا ريء في الصحراء لم يحل بالعقر لأنه يأوي البيوت فتثبت اليد عليه إلا أنه إذا رمى إلى طير ثم شك فيه فالأصل في الطير التوحش حتى يعلم الاستئناس فيتعلق

صيد كما في هذه المسألة بل أولى لأن مقصوده أيضاً فيها صيد، وفرق بينهما في النهاية بفرق غير مخلص فلا حاجة إلى ذكره، **وقال فيه**: لو رمى إلى آدمي أو بقر أو نحوه وسمى فأصاب صيداً مأكولاً لا رواية لهذا في الأصل، ولأبي يوسف فيه قولان في قول يحل، وفي قول لا يحل، فيحمل ما ذكره صاحب الهداية على رواية أبي يوسف فيستقيم ولا حاجة إلى الفرق ولو لم يتبين أن صاحب الحس ما هو لا يحل تناول ما أصابه لاحتمال أن يكون المسموع حسه غير صيد فلا يحل المصاب بالشك والبازي **والفهد في جميع ما ذكرنا كالكلب**.

قال رحمه اللّه: (وإن أدركه حياً ذكاه وإن لم يذكه حرم) لما روينا وبينا في الكلب من المعنى لأن كل واحد منهما ذكاة اضطرار فيكون الوارد في أحدهما وارداً في الآخردلالة لاستوائهما من كل وجه واللّه أعلم.

قال رحمه اللّه: (وإن وقع سهم بصيد فتحامل وغاب وهو في طلبه حل، وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً لا) لقوله عليه الصلاة والسلام: لأبي ثعلبة « إذا رميت سهمك فغاب ثلاثة أيام وأدركته فكله ما لم ينتن »[1] رواه مسلم وأحمد وأبو داود والنسائي، وروي أنه عليه الصلاة والسلام « كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي وقال: لعل هوام الأرض قتلته »[2]، فيحمل هذا على ما إذا قعد عن طلبه، والأوّل على ما إذا لم يقعد ولأنه يحتمل أن يموت بسبب آخر فيعتبر فيما يمكن التحرز عنه لأن الموهوم في الحرمات كالمتحقق وسقط اعتباره فيما لا يمكن التحرز عنه للضرورة لأن اعتباره فيه يؤدّي إلى سد باب الاصطياد، وهذا لأن الاصطياد يكون في الصحراء بين الأشجار عادة، ولا يمكنه أن يقتله في موضعه من غير انتقال وتوارٍ عن عينه غالباً فيعذر ما لم يقعد عن طلبه للضرورة لعدم إمكان التحرز عنه، ولا يعذر فيما إذا قعد عن طلبه لأن الاحتراز عن مثله ممكن فلا ضرورة إليه فيحرم وهو القياس في الكل إلا أنا تركناه للضرورة فيما لا يمكن التحرز عنه وبقي على الأصل فيما يمكن، وجعل قاضيخان في فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال: لأنه إذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل، لقول ابن عباس رضي اللّه عنهما كل ما أصميت ودع ما أنميت، والإصماء ما رأيته والإنماء ما توارى عنك

برميه الإباحة اهـ غاية. **قوله**: (**وقال فيه**) أي في المنتقى اهـ **قوله**: (**والفهد في جميع ما ذكرنا كالكلب**) لفظ كالكلب هو بخط الشارح، والظاهر بدل كالكلب كالسهم فليتأمل. **قوله**:

---

(١) أخرجه مسلم في الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان (١٩٣١)، وأبو داود في الصيد (٢٨٦١)، وأحمد في مسنده (١٧٢٩٠)، والنسائي في الصيد والذبائح (٤٣٠٣).

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤ / ٣١٤).

وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتواري وإن لم يقعد عن طلبه وإليه أشار صاحب الهداية أيضاً بقوله: والذي رويناه حجة على مالك رحمه الله في قوله: إن ما توارى عنك إذا لم يبت ليلة يحل فإذا بات/ ليلة لا يحل وهذا يشير إلى أنه إذا توارى عنه لا [١٩٩ ا/٣] يحل عندنا، وإن لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضاً لقوله في أوّل المسألة، وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه ميتاً أكل، وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتاً لم يؤكل فبنى الأمر على الطلب وعدمه لا على التواري وعدمه، وعلى هذا أكثر كتب فقهاء أصحابنا رحمهم الله ولو حمل ما ذكره على ما إذا قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يتناقض **ولكنه خلاف الظاهر**، وما روينا من الحديث يبيح ما غاب عنه وبات ليالي فيكون حجة على من يمنع ذلك، وإن وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لقوله عليه الصلاة والسلام لعدي: «إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فإن غاب عنك يوماً، فلم تجد فيه إلا أثر سهمك فكل إن شئت وإن وجدته غريقاً في الماء فلا تأكل»[١] رواه مسلم والنسائي، وفي رواية أنه عليه الصلاة والسلام قال له: «إذا وجدت سهمك ولم تجد فيه أثر غيره وعلمت أن سهمك قتله فكله»[٢] رواه أحمد والنسائي، وفي رواية «أن عدياً رضي الله عنه قال: قلت: يا رسول الله أرمي في الصيد فأجد فيه سهمي من الغد قال: إذا علمت أن سهمك قتله، ولم تر فيه أثر سبع فكل»[٣] رواه الترمذي وصححه، **ولأنه محتمل** تحققت فيه الأمارة فيحرم، **بخلاف ما إذا كان** بلا أمارة على ما بينا وحكم إرسال الكلب **والبازي** في جميع ما ذكرنا من الأحكام كالرمي.

قال رحمه الله: (ولو رمى صيداً فوقع في ماء أو على سطح أو جبل ثم تردّى منه إلى الأرض حرم) لقوله تعالى: ﴿والمتردّية﴾ [المائدة:٣]، ولما روينا لقوله عليه الصلاة والسلام لعدي: «إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فإن وجدته قد

(**ولكنه خلاف الظاهر**) لا نسلم أنه خلاف الظاهر بل يتعين الحمل عليه اهـ **قوله**: (**ولأنه محتمل**) أي موته بجراحة سوى جراحة سهمه اهـ **قوله**: (**والبازي**) في جميع ما ذكرنا من الأحكام كالرمي يعني إذا أرسل الكلب أو الباز المعلم على صيد فجرحه فغاب ثم وجده ميتاً فإن كان لم يقعد عن طلبه حل إذا لم يكن به جراحة أخرى، فإن كان قعد عن طلبه أو كان به جراحة أخرى لم يحل اهـ غاية. **قوله**: (**بخلاف ما إذا كان إلخ**) قال الإتقاني: والوقوع في الماء مما يمكن الاحتراز عنه، فإنه قد لا يقع في الماء بخلاف السقوط على الأرض لأنه

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (١٨٨٧٩)، وابن ماجه في الصيد (٣٢١٣).

(٣) أخرجه الترمذي في الصيد (١٤٦٨)، والنسائي في الصيد والذبائح (٤٣٠٠).

قتل فكل إلا أن تجده قد وقع في ماء فإنك لا تدري الماء قتله أو سهمك»[١] رواه البخاري ومسلم وأحمد، ولقوله عليه الصلاة والسلام لعدي: «إذا رميت سهمك فكل وإذا وقع في الماء فلا تأكل»[٢] رواه البخاري ومسلم وأحمد، ولأنه احتمل موته بغيره إذ هذه الأشياء مهلكة ويمكن الاحتراز عنها فيحرم بخلاف ما إذا كان لا يمكن التحرز عنه فهذا هو الحرف في المحتمل في هذا الباب، وهذ فيما إذا كان فيه حياة مستقرة يحرم بالاتفاق لأن موته مضاف إلى غير الرمي، وإن كانت حياته دون ذلك فهو على الاختلاف الذي مر ذكره في إرسال الكلب.

قال رحمه اللّه: (وإن وقع على الأرض ابتداء حل) لأنه لا يمكنه التحرز عنه فسقط اعتباره كيلا ينسدّ بابه على ما بينا، بخلاف ما إذا أمكن التحرز عنه لأن اعتباره لا يؤدّي إلى سد بابه لأن اعتباره لا يؤدي إلى الحرج فأمكن ترجيح المحرّم عند التعارض على ما هو الأصل في الشرع، ولو وقع على جبل أو سطح أو آجرة موضوعة فاستقر ولم يتردّ حل لأن وقوعه على هذه الأشياء كوقوعه على الأرض ابتداء، ولأنه لا يمكن الاحتراز عنه فسقط اعتباره، بخلاف ما إذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الأرض أو رماه وهو على جبل فتردّى منه إلى الأرض، أو رماه فوقع على رمح منصوب أو قصبة قائمة أو على حرف آجرة حيث يحرم لاحتمال أن أحد هذه الأشياء قتله بحدّه أو بتردّيه وهو يمكن الاحتراز عنه، وقال في المنتقى: لو رمى صيداً فوقع على صخرة فانفلق رأسه أو انشق بطنه لم يؤكل لاحتمال موته بسبب آخر، قال الحاكم أبو الفضل رحمه اللّه: وهذا خلاف إطلاق الجواب المذكور في الأصل ولكن يجوز أن يكون إطلاق الجواب المذكور في الأصل فيما عدا هذا المفسر لأن حصول الموت بانفلاق الرأس وانشقاق البطن ظاهر وبالرمي موهوم متردّد، فالظاهر أولى بالاعتبار من الموهوم فيحرم بخلاف ما إذا لم ينشق ولم ينفلق لأن موته بالرمي هو الظاهر فلا يحرم فيحمل إطلاق الجواب في الأصل عليه، وحمل السرخسي ما ذكر في المنتقى على ما إذا أصابه حد الصخرة فانشق لذلك وحمل المذكور في الأصل على أنه إذا لم يصبه من الصخرة إلا ما يصيبه من الأرض لو وقع عليه فحل لذلك فكلا التأويلين صحيح ومعناهما واحد لأن كلاً منهما يحمل ما ذكره في الأصل على ما إذا مات بالرمي، وما ذكره في المنتقى على ما إذا مات / بغيره وفي لفظ المنتقى إشارة إليه، ألا ترى أنه قال: لاحتمال الموت بسبب آخر أي غير الرمي وهذا يرجع إلى اختلاف اللفظ دون المعنى فلا يبالى به، وإن كان المرمى مائياً فإن لم

[١٩٩ ب/٣]

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

تنغمس الجراحة في الماء أكل، وإن انغمست لا يؤكل لاحتمال الموت به دون الرمي لأن تشرب الجرح الماء سبب لزيادة الألم فصار كما إذا أصابه السهم.

قال رحمه الله: (**وما قتله المعراض** بعرضه أو البندقة حرم) لما روينا من حديث إبراهيم ولما روي «أن عدي بن حاتم قال للنبي ﷺ: إني أرمي الصيد بالمعراض فأصيب فقال: إذا رميت بالمعراض **فخزق** فكله، وإن أصاب بعرضه فلا تأكله»[1] رواه البخاري ومسلم وأحمد، ولما روي أنه عليه الصلاة والسلام «نهى عن الخذف وقال: إنها لا تصيد ولكن تكسر السن وتفقأ العين»[2] رواه البخاري ومسلم وأحمد، ولأن الجرح لا بد منه لما بينا من قبل والبندقة لا تجرح، وكذا عرض المعراض وإن رماه بالسكين أو السيف فإن أصابه بحدّه أكل وإلا فلا، وإن رماه بحجر فإن كان ثقيلاً لا يؤكل وإن جرح لاحتمال أنه قتله بثقله، وإن كان الحجر خفيفاً وبه حدّة وجرح يحل لتعين الموت بالجرح، ولو جعل الحجر طويلاً كالسهم وهو خفيف وبه حدّة فرمى به صيداً فإن جرح حل لقتله بجرحه، **ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع** بضعاً لا يحل لأن قتله دقاً، وكذا إذا رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه أو أبان رأسه لأن العروق قد تنقطع بالثقل فوقع الشك ويحتمل أنه مات قبل قطع الأوداج، ولو رماه بعود مثل العصا ونحوه لا يحل لأنه قتله ثقلاً لا جرحاً إلا إذا كان له حدّ فبضع بضعاً فيكون كالسيف والرمح، والأصل في جنس هذه المسائل أن الموت إذا حصل بالجرح بيقين حل، وإن حصل بالثقل أو شك فيه فلا يحل حتماً أو احتياطاً، وإن جرحه فمات وكان الجرح مدمياً حل بالاتفاق، وإن كان غير مدم اختلفوا فيه، **قيل: لا يحل** لانعدام معنى الذكاة وهو إخراج الدم النجس، «وشرط النبي ﷺ إخراج الدم بقوله: أنهر الدم بما شئت»[3] رواه أحمد وأبو داود وغيرهما، وقيل: يحل لإتيان ما في وسعه وهو الجرح وإخراج الدم ليس في وسعه، فلا يكون مكلفاً به

مما لا يمكن الاحتراز عنه فسقط اعتباره. **قوله في المتن: (وما قتله المعراض)** ومعراض سهم بلا ريش ولا نصل يمضي عرضاً اهـ غاية. **قوله: (فخزق)** بالخاء والزاي المعجمتين وبالراء تصحيف اهـ مغرب. يقال: خزق المعراض بالزاي أي نفذ وبالراء المهملة في الثوب اهـ **قوله: (ولو رماه بمروة حديدة)** أي حادّة وهي صفة لمروة وهي الحجر الأبيض الرقيق اهـ غاية.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري في الذبائح والصيد (٥٤٧٩)، ومسلم في الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان (١٩٥٤)، وابن ماجه في المقدمة (١٧)، وأحمد في مسنده (٢٠٠٢٨).

(٣) تقدم تخريجه.

لأن الدم قد ينحبس لغلظه أو لضيق المنفذ بين العروق وكل ذلك ليس في وسعه، وقيل: إن كانت الجراحة كبيرة حل بدون الإدماء، وإن كانت صغيرة لا يحل إلا بالإدماء لأن الكبيرة إنما لا يخرج منها الدم **لعدمه** والصغيرة لضيق المخرج ظاهراً فيكون التقصير منه، **وإن ذبح الشاة ولم يخرج منها الدم** قيل: يحل أكلها، **وقيل: لا يحل** فالأول قول أبي بكر الإسكاف، والثاني قول اسماعيل الصفار، ووجه القولين دخل فيما ذكرنا، **وإذا أصاب السهم** ظلف الصيد أو قرنه فإن أدماه حل والإ فلا، وهذا يؤيد قول من يشترط خروج الدم.

قال رحمه الله: (وإن رمى صيداً فقطع عضواً منه أكل الصيد لا العضو) وقال الشافعي رحمه الله: أكلا إن مات الصيد منه لأنه مبان بذكاة الاضطرار فيحل كالمبان بذكاة الاختيار بخلاف ما إذا لم يمت لأنه ما أبين بالذكاة، ولنا «قوله عليه الصلاة والسلام: ما قطع من بهيمة وهي حية فما قطع منها فهو ميتة». رواه ابن ماجه، وذكر الحي مطلقاً فينصرف إلى الحي حقيقة وحكماً، والعضو المبان منه بهذه الصفة لأن المبان منه حي حقيقة لقيام الحياة فيه، وكذا حكماً لأنه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة، ولهذا اعتبر هذا القدر من الحياة حتى لو وقع في الماء وفيه قدر هذا من الحياة يحرم، بخلاف ما إذا أبين بذكاة الاختيار لأن المبان منه ميت حكماً، ألا ترى أنه لو وقع في هذه الحالة في الماء أو تردّى من الجبل لا يحرم لأن موته حصل بالإبانة حكماً فلا يضاف إلى غيره وإن كان حصل بذلك حقيقة، وقوله: أبين بالذكاة قلنا: حال وقوعه لم يقع ذكاة لقيام الحياة في الباقي حقيقة وحكماً على ما بينا، وإنما يقع ذكاة عند موته، وفي ذلك الوقت لا يظهر في / المبان لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزواله [٢٠٠/٣/أ] بالانفصال فصار الأصل فيه أن المبان من الحي حقيقة وحكماً لا يحل، والمبان من الحي صورة لا حكماً يحل بأن يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح

قوله: (**ولم تبضع**) البضع الشق والقطع اهـ مغرب. **قوله**: (**قيل: لا يحل**) قال الإتقاني رحمه الله: لقوله ﷺ: ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل شرط الإنهار وهذا ضعيف عندي لأنه كما شرط الإنهار شرط فري الأوداج أيضاً، وفي ذكاة الاضطرار لم يشترط فري الأوداج فكذا لا يشترط الإنهار اهـ **قوله**: (**وقيل: يحل**) أي صغيرة كانت الجراحة أو كبيرة وهو الأصح عندي لأن أصل الجرح كاف في ذكاة الاضطرار اهـ إتقاني. **قوله**: (**لعدمه**) كما إذا علفه ورق العناب فاحتبس دمه وخروج الدم حال عدمه فيما ليس بشرط للإباحة اهـ **قوله**: (**وإن ذبح شاة ولم يخرج منها دم إلخ**) انظر عبارة المتن في آخر الذبائح اهـ **قوله**: (**وإذا أصاب السهم إلخ**) ذكر الإتقاني عقيب هذه المسألة عبارة الولوالجي التي نقلتها فيما تقدّم في فصل فيما يحل وما لا يحل عند قوله في المتن: ولو ذبح شاة فتحركت إلخ على

فإنه حي صورة لا حكماً بدليل ما ذكرنا من الأحكام من أنه لا يؤثر فيه وقوعه في البئر في هذه الحالة، وكذا يحل أكله في هذه الحالة، وإن كان يكره **لما فيها** من زيادة الإيلام بقطع لحمه، ولا كذلك المبان منه بالاصطياد لأنه حي حقيقة وحكماً حتى لا يثبت له شيء من هذه الأحكام.

قال رحمه لله: (وإن قطعه أثلاثاً والأكثر مما يلي العجز أكل كله) لأن المبان منه حي صورة لا حكماً إذ لا يتوهم سلامته وبقاؤه حياً بعد هذه الجراحة فوقع ذكاة في الحال فحل كله كما إذا أبين رأسه في الذكاة الاختيارية، وكذا إذا قدّ نصفين لما ذكرنا بخلاف ما إذا قطع يداً أو رجلاً أو فخذاً أو ثلثه مما يلي القوائم أو أقل من نصف الرأس حيث يحرم المبان منه، لأنه يتوهم بقاء الحياة في الباقي **وإن ضرب عنق شاة** فأبان رأسها تحل لقطع الأوداج، ويكره لما فيه من زيادة الألم بإبلاغه النخاع، وإن ضربها من قبل القفا إن ماتت قبل قطع الأوداج لا تحل، وإن لم تمت حتى قطع الأوداج حلت، ولو ضرب صيداً فقطع يده أو رجله ولم ينفصل ثم مات إن كان يتوهم التئامه واندماله حل أكله لأنه بمنزلة سائر أجزائه، وإن كان لا يتوهم بأن بقي متعلقاً بجلده حل ما سواه دونه لوجود الإبانة معنى والعبرة للمعاني.

قال رحمه اللّه: (**وحرم صيد المجوسي والوثني والمرتد**) لأنهم ليسوا من أهل الذكاة في حالة الاختيار، فكذا في حالة الاضطرار، وكذا المحرم لأنه ليس من أهل ذكاة الاختيار في حق الصيد فكذا لا يكون من أهل ذكاة الاضطرار فيه ويؤكل صيد الكتابي لأنه من أهل الذكاة اختياراً فكذا اضطرار.

قال رحمه اللّه: (وإن رمى صيداً فلم يثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للثاني وحل) لأنه هو الآخذ له، وقال عليه الصلاة والسلام: «الصيد لمن أخذه»[1]، وإنما حل لأنه لما لم يخرج بالأوّل من حيز الامتناع كان ذكاته ذكاة الاضطرار وهو الجرح، أي موضع كان وقد وجد.

قال رحمه اللّه: (وإن أثخنه فللأوّل وحرم) لأنه لما أثخنه الأول فقد خرج من حيز الامتناع وصار قادراً على ذكاته الاختيارية فوجب عليه ذكاته لما بينا ولم يذكه، وصار الثاني قاتلاً له فيحرم وهو لو ترك ذكاته مع القدرة عليه فبالقتل أولى أن يحرم

قوله، وعن أبي حنيفة أنها إلخ اهـ واللّه الموفق. **قوله: (لما فيها)** والذي بخط الشارح لما فيه اهـ **قوله: (وإن ضرب عنق شاة)** أي بسيف وسمى اهـ هداية. **قوله في المتن: (وحرم صيد المجوسي والوثني والمرتد)** ولا بأس بأكل سمكة يصيدها مجوسي لأنها تحل من

---

(١) تقدم تخرجه.

بخلاف الوجه الأوّل، وهذا إذا كان بحال يسلم من الأول لأن موته يضاف إلى الثاني، أما إذا كان الرمي الأول بحال لا يسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا يقدر ما يبقى في المذبوح، كما إذا أبان رأسه يحل لأن موته لا يضاف إلى الرمي الثاني فلا اعتبار بوجوده لكونه ميتاً حكماً، ولهذ لو وقع في الماء في هذه الحالة لا يحرم كوقوعه بعد موته، ولو كان الرمي الأوّل بحال لا يعيش منه الصيد لكن حياته فوق حياة المذبوح بأن كان يبقى يوماً أو دونه، فعند أبي يوسف رحمه اللّه لا يحرم بالرمية الثانية لأن هذا القدر من الحياة لا يعتبر عنده، وعند محمد رحمه اللّه يحرم لأن هذا القدر من الحياة معتبر عنده فصار حكمه كحكم ما إذا كان الأول يسلم منه فلا يحل.

قال رحمه اللّه: (وضمن الثاني للأوّل قيمته غير ما نقصته جراحته) أي ضمن جميع قيمة الصيد غير ما نقصته جراحة الأول لأنه أتلف صيداً مملوكاً للغير لأنه ملكه بالإثخان فيلزمه قيمة ما أتلف، وقيمته وقت إتلافه كان ناقصاً بجراحة الأول فيلزمه ذلك لأن قيمة المتلف تعتبر وقت الإتلاف فصار كما لو أتلف عبداً مريضاً أو شاة مجروحة فإنه يلزمه قيمته منقوصاً بالمرض أو الجرح، وقال صاحب الهداية وغيره: تأويله/ [٢٠٠ب/٣] إذا علم أن القتل حصل بالثاني بأن كان الأوّل بحال يسلم منه، والثاني بحال لا يسلم منه ليكون القتل كله مضافاً إلى الثاني وقد قتل حيواناً مملوكاً للأوّل منقوصاً بالجراحة فلا يضمنه كملاً كما إذا قتل عبداً مريضاً، وإن علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري قال صاحب الهداية: قال في الزيادات: يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحاً بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه، أما الأوّل: وهو ضمان ما نقصته جراحته فلأنه جرح حيواناً مملوكاً للغير وقد نقصه فيضمنه أوّلاً، وأما الثاني: وهو ضمان نصف قيمته حياً فلأن الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفاً نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحاً بالجراحتين، لأن الأولى: ما كانت بصنعه يعني الجراحة الأولى ما كانت بصنع الثاني فلا يضمنها، والثانية: ضمنها مرة فلا يضمنها ثانياً أي الجراحة الثانية، ومراده ما نقص بجراحته ضمنها مرة وهو ما ضمنه من النقصان بجراحته أولاً، وأما الثالث: وهو ضمان نصف اللحم فلأن بالرمية الأولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه، ولا يضمن النصف الآخر لأنه ضمنه مرة حيث ضمن نصف قيمته حيّاً فدخل ضمان اللحم فيه، وهذا

غير تسمية، فإن المسلم إذا أخذ سمكة وترك التسمية عليها تحل وما يحل بدون التسمية، فالمجوسي وغيره فيه سواء اهـ نهاية في الذبائح. **قوله**: (وهذا) أي قوله حرم اهـ

يوهم أن بين المسألتين فرقاً، أعني بين ما إذا حصل القتل بالثاني وحده أو بهما وليس كذلك، بل لا فرق بينهما لأنه في الموضعين يضمن الثاني جميع قيمته غير ما نقصته جراحة الأول، إلا أنه بين في المسألة الأولى جميع الحاصل وفي الثانية بين طريق الضمان نقل ذلك عن قاضيخان أي عدم الفرق بين المسألتين بيانه أن الرامي الأول إذا رمى صيداً يساوي عشرة فنقصه درهمين ثم رماه الثاني فنقصه درهمين ثم مات فعلى الطريقة الأولى يضمن الثاني ثمانية ويسقط عنه من قيمته درهمان، لأن ذلك تلف بجرح الأول وهو المراد بقوله: غير ما نقصته جراحته، وعلى الطريقة الثانية يضمن درهمين أوّلاً لأن ذلك القدر من النقصان حصل بفعله، وهو المراد بقوله في الزيادات: يضمن الثاني ما نقصته جراحته بقي من قيمته ستة فيضمن نصفها وهو ثلاثة دراهم، وهو المراد بقوله: ثم يضمن نصف قيمته مجروحاً بجراحتين يعني به نصف قيمته حياً ثم إذا مات يضمن النصف الآخر بعد الموت وهو ثلاثة أيضاً، لأنه فوّت عليه اللحم فلا يضمن النصف الآخر بعد الموت، وإن كان تفويت اللحم فيه موجوداً بقتله لأنه ضمن ذلك النصف حياً فلو ضمنه بعد الموت كان يتكرر الضمان بأن ضمن قيمته حياً، ثم يضمن قيمة لحمه بعد الموت وهذا لا يجوز، وهذا إذا كانت حياته بينة عند رمي الثاني وكان الرمي الثاني بعدما أثخنه الأول، أما إذ كانت حياته خفية بقدر المذبوح فلا يضمن الثاني، ويؤكل لأن موته لا يضاف إلى الثاني، ولهذا لو وقع في الماء في هذه الحالة لا يحرم، وقد ذكرناه من قبل، وعنه وقع الاحتراز بقوله: فإن علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري، ولو رمياه معاً فأصابه أحدهما قبل الآخر فأثخنه ثم أصابه الآخر أو رماه أحدهما أوّلاً ثم رماه الثاني قبل أن يصيبه الأول أو بعدما أصابه قبل أن يثخنه فأصابه الأول وأثخنه **أو أثخنه ثم أصابه الثاني** فقتله فهو للأوّل ويؤكل؛ وقال زفر رحمه الله: لا يحل أكله لأن حالة إصابة الثاني غير ممتنع فلا يحل بذكاة الاضطرار فصار كما إذا رماه الثاني بعدما أثخنه الأول، قلنا: عند رمي الثاني هو صيد ممتنع فوقع رميه ذكاة، ولهذا تشترط التسمية عند الرمي فكذا الامتناع يعتبر عنده إلا أن الملك يثبت للأوّل، لأن سهمه أخرجه عن حيز الامتناع فملكه به قبل أن يتصل سهم الثاني به، فحاصله أن المعتبر في حق الحل والضمان وقت الرمي لأن الرمي إلى صيد مباح فلا ينعقد سبباً لوجوب الضمان، فلا ينقلب موجباً/ بعد ذلك وهو ذكاة فيحل المصاب لأن الحل يحصل بفعله، [٢٠١/أ ٣] وفعله هو الرمي والإرسال فيعتبر وقته، وفي حق الملك يعتبر وقت الإثخان لأن به يثبت الملك وزفر يعتبر وقت الإثخان فيهما، ولو رمياه معاً وأصاباه فمات منهما فهو

قوله: (أو أثخنه ثم أصابه الثاني) لا يدل على وجود الرمي قبل الإثخان وهو شرط للحل اهـ

بينهما لاستوائهما في السبب والبازي والكلب في هذا كالسهم حتى يملكه بإثخانه، ولا يعتبر إمساكه بدون الإثخان حتى لو أرسل بازيه فأمسك الصيد بمخلبه ولم يثخنه فأرسل آخر بازيه فقتل ذلك الصيد كان الصيد للثاني، وحل لأن يد البازي الأول ليست بيد حافظة لتقام مقام يد المالك، أما القتل فهو إتلاف والبازي من أهل الإتلاف فينقل إلى صاحبه، ولو رمى سهماً فأصاب الصيد فأثخنه ثم رماه ثانياً فقتله حرم لما بينا، ولو رمى سهماً فأصاب سهماً موضوعاً على حائط فدفعه ومضى السهم الثاني وأصاب صيداً فقتله حل لأن اندفاع السهم الثاني بواسطة الأول فأضيف إلى راميه كأنه رماه به، ولو رمى سهماً إلى صيد ورمى رجل آخر إلى ذلك الصيد أو غيره فأصاب السهم الثاني السهم الأول وأمضاه حتى أصاب الصيد وقتله جرحاً، ينظر إن كان السهم الأول بحال يعلم أنه لا يبلغ إلى الصيد بدون دفع الثاني فالصيد للثاني لأنه هو الآخذ له حتى لو كان الثاني مجوسياً أو محرماً لا يحل، وإن كان السهم الأول بحال يبلغ الصيد بدون السهم الثاني فالصيد للأول لأنه هو السابق في الأخذ، وإن كان الثاني مجوسياً أو محرماً لا يحل استحساناً لأنه أوجب زيادة قوّة في السهم الأول فأوجب الحرمة احتياطاً، مجوسي رمى صيداً أو أرسل كلبه فأقبل الصيد هارباً من سهمه أو كلبه فرماه مسلم أو أرسل كلبه عليه فقتله قبل وقوع سهم المجوسي على الأرض، وقبل رجوع كلبه كره لأن فعل المجوسي إعانة لأنه لولا فعله لما قدر المسلم على قتله بهذا الرمي والشركة توجب الحرمة والإعانة توجب الكراهة، أما إذا فعل ذلك بعد وقوع سهم المجوسي في الأرض أو بعد رجوع كلبه فلا يكره لأن فعل المجوسي لم يبق حال رمي المسلم وإرساله ولو رمى سهماً إلى صيد فصرفته الريح عن سننه حل لعدم إمكان التحرز عنه، بخلاف ما إذا أصاب السهم حائطاً أو صخرة فارتدَّ وأصاب صيداً حيث لا يحل لأن الرمي قد انقطع بالارتداد إلى وراء، وكذا إذا ردّته الريح إلى وراء لا يحل لما قلنا، بخلاف ما إذا رجع إلى وراء بضرب رجل آخر بسهمه حيث يحل إذا كان يرميه بقصد الاصطياد لأن الأول انقطع فكان مضافاً إلى الثاني فيحل، ولو انحرف يمنة أو يسرة بإصابة الحائط ولم يرجع إلى وراء حل لما ذكرنا في الريح، ولأن قوّة الرمي لم تنقطع فيضاف إلى الرامي، ولو هبت الريح فضربت السهم فزادت في ذهابه فأصاب الصيد فلا بأس بأكله لأن فعل الريح ليس من جنس فعل الرامي فلم يتحقق بهذه الإعانة شبهة الشركة فبقيت الإصابة مضافة إلى الرمي.

قال رحمه اللّه: (وحل اصطياد ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل) لقوله تعالى:

﴿ وإذا حللتم فاصطادوا ﴾ [المائدة: ٢٠] مطلقاً من غير قيد بالمأكول، إذ الصيد لا يختص بالمأكول، قال الشاعر:

صيد الملوك أرانب وثعالب وإذا ركبت فصيدي الأبطال[١]

ولأن اصطياده سبب الانتفاع بجلده أو ريشه أو شعره أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله أعلم.

---

(١) البيت من الكامل وهو لسيدنا علي بن أبي طالب هكذا ذكر الإمام فخر الدين الرازي.

كتاب الرهن

قال رحمه اللّه: (**هو حبس شيء بحق** يمكن استيفاؤه منه كالدين) هذا حدّه في الشرع، وهذا اللفظ يدل على الثبوت والدوام، ويطلق الرهن على المرهون تسمية للمفعول باسم المصدر يقال: رهنت الرجل شيئاً ورهنته عنده **وأرهنته** لغة فيه، **والجمع** رهان ورهون **ورهن**، والرهن في اللغة: جعل الشيء محبوساً أي شيء كان **بأي سبب كان**، قال اللّه تعال: ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾ [المدثر: ٣٨] أي محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصي وقال الشاعر:

وفـــارقتك بـرهـن لا فكـــاك لـه   يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا(١)

[٢٠١ب/٣] أي ارتهنت وحبست قلبه/ فذهبت به يوم التوديع وانحبس قلب المحب عندها على وجه لا يمكن فكاكه، وقوله: كالدين إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين لأنه هو الحق الممكن استيفاؤه من الرهن لعدم تعينه، وأما العين فلا يمكن استيفاؤه من الرهن فلا يجوز الرهن بها إلا إذا كانت مضمونة بنفسها كالمغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد لأن الموجب الأصلي فيها المثل أو القيمة، وردّ العين مخلص على ما عليه الجمهور وهو دين، ولهذا تصح الكفالة به والإبراء عن

كتاب الرهن

مناسبة الرهن بالصيد من حيث أن كل واحد من الرهن والاصطياد سبب مباح لتحصيل المال اهـ غاية. **قوله في المتن: (هو حبس شيء بحق)** قال الإتقاني: وإنما قيدنا بالحق لأن الرهن كما يصح بالدين يصح بالغصب والحق يشملهما، وقال القدوري في شرحه: الرهن في الشرع عبارة عن عقد وثيقة بمال وبذلك ينفصل من الكفالة والحوالة لأنهما عقد وثيقة بذمة، وينفصل من المبيع في يد البائع لأنه وثيقة وليس بعقد على وثيقة اهـ **قوله: (وأرهنته)** قال في الصحاح: رهنته الشيء وأرهنته الشيء بمعنى اهـ **قوله: (والجمع)** أي جمع الرهن اهـ **قوله: (ورهن)** ظاهره أن رهناً جمع رهن وقد صرح بذلك غير الشارح، قال في المغرب: والرهن المرهون، والجمع رهون ورهان ورهن، قال الإتقاني: والرهان جمع الرهن كالعباد والزناد في جمع العبد والزند، وقرأ أبو عمرو وابن كثير فرهن مقبوضة وهي جمع الجمع اهـ قال في الصحاح: الرهن معروف والجمع رهان مثل حبل

---

(٢) البيت من البسيط وهو لزهير بن أبي سلمى في ديوانه ص٣٣. المعجم المفصل في شواهد اللغة العربية (٥/١٢٤)، ولسان العرب (١٠/٢٩٢) (غلق).

قيمته ويمنع وجوب الزكاة على من هو في يده في ماله بقدر القيمة، ولو كان الواجب هو العين لما ثبتت هذه الأحكام، وعند البعض وإن كان الموجب الأصلي ردّ العين وردّ القيمة مخلصاً ولا يجب الضمان إلا بعد الهلاك لكن يجب عند الهلاك بالقبض السابق، ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهناً بعد وجود سبب وجوبه فيصبح كما في الكفالة، بخلاف الأعيان غير المضمونة كالأمانات أو المضمونة بغيرها كالمبيع حيث لا يجوز الرهن بها لعدم وجوبها، ألا ترى أن الحوالة المقيدة بالأعيان المضمونة بنفسها لا تبطل بهلاكها، والمقيدة بغير المضمونة بأعيانها تبطل به ولولا أن الوجوب أو شبهته لوجود سببه ثابت لبطلت، والرهن مشروع بالكتاب والسنة وإجماع الأمة، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ [البقرة: ٨٣] وأما السنة **فما روي** ع عائشة رضي اللّه عنها قالت: «إن النبي ﷺ اشترى طعاماً من يهودي إلى أجل **ورهنه درعاً من حديد**»[١] رواه مسلم والبخاري، وقد انعقد الإجماع عليه، ولأنه وثقية في جانب الاستيفاء **فيجوز كما تجوز الوثيقة** في جانب الوجوب

وحبال، وقال أبو عمرو بن العلاء: رهن بضم الهاء، قال الأخفش: وهي قبيحة لأنه لا يجمع فعل على فعل إلا قليلاً شاذاً قال: وذكر أنهم يقولون: سقف وسقف قال: وقد يكون رهن جمعاً للرهان، كأنه يجمع رهن على رهان ثم يجمع رهان على رهن مثل فراش وفرش اهـ **قوله: (بأي سبب كان)** يعني معناه لغة مطلق الحبس اهـ **قوله: (فما روى)** أي محمد في الأصل عن أبي يوسف عن الأعمش عن ابراهيم عن الأسود اهـ إتقاني. **قوله: (ورهنه درعاً من حديد)** فيه فوائد إحداها أنه لا بأس بالبيع والشراء نسيئة، ولا كراهة فيه ومن الناس من قال: يكره لما فيه من طول الأمل، فإنه «روي عن أسامة أنه اشترى شيئاً بدراهم نسيئة فبلغ ذلك رسول اللّه ﷺ فقال: عليه الصلاة والسلام: «إن أسامة لطويل الأمل واللّه لا أفتح عيني إلا وأخشى على نفسي الموت قبل أن أردّهما». وعامة العلماء لم يروا به بأساً بهذا الحديث، وفيه دليل على أنه لا بأس بالاستدانة فإن الشراء نسيئة استدانة، وكان ذلك مكروهاً في ابتداء الإسلام لأن النبي ﷺ كان يشدّد في أمر الدين وكان لا يصلي على من مات وعليه دين ثم رخص في ذلك، ووعد لمن عليه الدين وعداً جميلاً «وكان يقول: إن اللّه في عون العبد المسلم إذا كان عليه دين وهو يريد قضاءه ولكن الأفضل للإنسان أن يتسارع قضاءه لئلا يدركه الموت وهو عليه فإنه لا حائل بين الجنة والعبد بعد الكفر إلا الدين إلا أن يتفضل اللّه تعالى عليه فيرضى خصماءه»[٢]، وفيه دليل أنه لا بأس بالشراء والمعاملة مع أهل الذمة

---

(١) أخرجه البخاري في البيوع (٢٠٩٦)، ومسلم في المساقاة (١٦٠٣) واللفظ له، والنسائي في البيوع (٤٦٠٩)، وابن ماجه في الأحكام (٢٤٣٦).

(٢) لم أعثر عليه.

وهي الكفالة والحوالة، والجامع أن الحاجة إلى الوثيقة ماسة من الجانبين فإن المستدين قلما يجد من يدينه بلا رهن والمدين يأمن بالرهن من التوى بالجحود، أو بإسراف المدين في ماله بحيث لم يبق منه شيء أو بمحاصصة غيره من الغرماء فكان فيه نفع لهما كما في الكفالة والحوالة فشرع.

قال رحمه الله: (**ولزم بإيجاب وقبول** ويتم بقبضه محوزاً مفرغاً مميزاً) وهذا سهو فإن الرهن لا يلزم بالإيجاب والقبول لأنه تبرع كالهبة والصدقة، **ولكنه ينعقد بهما** ويتم بالقبض فيلزم به، **قال مالك رحمه الله: يلزم بنفس العقد** كالبيع والإجارة والجامع أن كل واحد منهما يختص بالمال من الجانبين، ولأنه عقد وثيقة فأشبه الكفالة فيلزم بالقبول، والخلاف معه بناء على الخلاف في الصدقة والهبة، **ولنا قوله تعالى: ﴿وإن كنتم على سفر** ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة﴾ [البقرة: ٨٣]، والمصدر المقرون بحرف الفاء في جواب الشرط يراد به الأمر والأمر بالشيء الموصوف يقتضي أن يكون

اهـ إتقاني. **قوله: (فيجوز كما يجوز الوثيقة)** بيانه أن الدين له طرفان طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لأنه يجب أولاً في الذمة ثم يستوفى المال بعد ذلك، ثم الوثيقة بطرف الوجوب الذي يختص بالذمة وهي الكفالة جائزة فكانت الوثيقة التي بطرف الوجوب الذي يختص بالمال جائزة أيضاً اعتباراً بطرف الوجوب، بل بالطريق الأولى لأن الاستيفاء مقصود والوجوب وسيلة لهذا المقصود فلما شرعت الوثيقة في حق الوسيلة فلأن تشرع في حق المقصود أولى، كذا قال شيخ الإسلام خواهرزاده. والوثيقة ما يوثق به الشيء ويؤكد به اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ولزم بإيجاب وقبول)** قال الشيخ باكير: قالوا: الركن مجرّد الإيجاب لأنه تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة، وأما القبول فشرط، وفي المحيط ما يدل على أنه ركن، وأما القبض فشرط اللزوم اهـ قوله: الركن مجرد الإيجاب واختلفوا في القبول قال بعضهم: إنه شرط قاله مسكين، وقوله: وفي المحيط ما يدل على أنه ركن قال الشيخ مسكين: والظاهر من المحيط والمنتقى أنه ركن حتى لا يحنث من حلف لا يرهن بدون القبول اهـ وكتب على قوله في المتن: ولزم بإيجاب وقبول إلخ وفي نسخة ولزم بإيجاب وقبول وقبضه وعليها فلا سهو والله أعلم. وعليها شرح الشيخ باكير كما شاهدت ذلك في خطه اهـ **قوله: (ولكنه ينعقد بهما)** قال بعضهم: هذا سهو من الشارح لأن الركن الإيجاب وحده لأن الرهن عقد تبرع وهو يتم بالراهن كالهبة والصدقة اهـ قال قارئ الهداية: ومن خطه نقلت وفيه نظر إذ هو عقد فلا بد من وجود شطريه وليس في كلام الشارح أنه ركن اهـ **قوله: (وقال مالك: يلزم بنفس العقد)** أي ولا يشترط فيه القبض اهـ **قوله: (ولنا قوله تعالى: ﴿وإن كنتم على سفر﴾ [البقرة: ٨٣] إلخ)** وصف الرهن بكونها مقبوضة والنكرة إذا وصفت عمت، كقوله: والله لا أكلم إلا رجلاً كوفياً فيقتضي أن يكون كل الرهن مشروعاً بهذه الصفة اهـ إتقاني. **قوله:**

ذلك الوصف شرطاً فيه إذ المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة **نظيره قوله تعالى**: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء:٩٢] أي فليحرر رقبة مؤمنة، ولأن الرهن عقد تبرع لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئاً، **ولهذا لا يجبر عليه** فلا بد من الإمضاء بعدم الرجوع كما في الوصية والصدقة والهبة والإمضاء يكون بالقبض، وقوله: محوزاً مفرغاً مميزاً **احترز بالأول عن المشاع**، وبالثاني عن المشغول، وبالثالث عن المتصل فإذا قبضه كذلك تم لوجود القبض على الكمال.

قال رحمه الله: (**والتخلية فيه** وفي البيع قبض) والصواب أن التخلية تسليم لأنه عبارة عن رفع الموانع من القبض وهو فعل المسلم دون المتسلم، **والقبض فعل المتسلم** وإنما يكتفى بالتخلية لأنه هو في غاية ما يقدر عليه والقبض فعل غيره فلا يكلف به، وهذا هو ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أن الرهن في المنقول **لا يثبت إلا بالنقل** لأنه قبض موجب للضمان ابتداء إذ لم يكن الرهن مضموناً على أحد قبل ذلك فلا يثبت إلا بالقبض/ حقيقة كالغصب، **بخلاف البيع** فإن القبض فيه ناقل [٢٠٢/ ٣] للضمان من البائع إلى المشتري فإن المبيع قبل التسليم مضمون على البائع بالثمن ثم ينتقل ذلك إلى المشتري بالقبض، والأول أصح لما ذكرنا، والقياس على الغصب باطل لأن قبض الرهن مشروع فأشبه البيع والغصب ليس بمشروع فلا حاجة لثبوته بدون قبض حقيقة وهو النقل.

(**ونظيره قوله تعالى**) أي قوله تعالى: ﴿فعدّة من أيام أخر﴾ [البقرة:١٨٤] وقوله تعالى اهـ **قوله**: (**ولأن الرهن عقد تبرع**) قال الإتقاني: ولأنه عقد تبرع بدلالة أن الإنسان لا يجبر عليه فلا يتعلق به الاستحقاق إلا بمعنى ينضم إليه كالوصية، ولأن الراهن لو مات قبل أن يقبض المرتهن لم تجبر ورثته على القبض فلو تعلق الاستحقاق بمجرد العقد لزم ورثته كالبيع اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولهذا لا يجبر**) أي الراهن اهـ **قوله**: (**عليه**) أي على عقد الرهن اهـ **قوله**: (**احترز بالأول عن المشاع إلخ**) يعني فإن رهن ذلك لا يجوز، لكن هل رهنها باطل أو فاسد ينظر في الباب الآتي فإن الكلام هنا مجمل اهـ وسيأتي مفصلاً والله الموفق اهـ **قوله في المتن**: (**والتخلية فيه**) يريد المصنف أن حكمها حكم القبض حتى تتم به، ولا يصح الرجوع بعده في الرهن ولا البيع اهـ **قوله**: (**والقبض فعل المتسلم**) قال العيني: بعد أن حكى اعتراض الشارح قلت: إذا كانت التخلية تسليماً فمن ضرورته الحكم بالقبض سواء وجد القبض حقيقة أو لا، فالشيخ رحمه الله ذكر الغاية التي يبنى عليها الحكم لأنه هو المقصود اهـ وقال الإتقاني: يعني أن الراهن إذا خلى بين المرتهن والمرهون يعتبر قابضاً، كما إذا فعل البائع مثل ذلك بالمبيع والمشتري وهذا لأن قبض الرهن قبض واجب بحكم عقد مشروع فكان كقبض المبيع فثمة يكتفى بالتخلية فكذا هنا اهـ **قوله**: (**لا يثبت إلا بالنقل**) وبه قال

قال رحمه اللّه: (وله أن يرجع عن الرهن ما لم يقبضه) أي للراهن أن يرجع عن الرهن ما لم يقبضه المرتهن لما ذكرنا أنه تبرع، ولا لزوم على المتبرع ما لم يسلم كالهبة والصدقة وفيه خلاف مالك رحمه اللّه وقد ذكرناه.

قال رحمه اللّه: (وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين) فلو هلك وقيمته مثل دينه **صار مستوفياً دينه**، وإن كانت أكثر من دينه فالفضل أمانة وبقدر الدين صار مستوفياً، وإن كانت أقل صار مستوفياً بقدره ورجع المرتهن بالفضل، وقال الشافعي رحمه اللّه: الرهن كله أمانة في يد المرتهن لا يسقط من الدين شيء بهلاكه لقوله ﷺ: « **لا يغلق** الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه »[١] رواه الدارقطني. **قال**: معناه لا يصير مضموناً بالدين، ومعنى قوله: له غنمه للراهن الزوائد وعليه غرمه أي لو هلك كان الهلاك على الراهن، ولأن الرهن وثيقة فلا يسقط الدين بهلاكه اعتباراً بهلاك الصك والشهود وبهلاك الوثيقة في جانب الوجوب **وهو الحوالة والكفالة** وهذا لأن الوثيقة يراد بها معنى الصيانة وسقوط الدين بهلاك الرهن يضاد الصيانة إذا لحق به يصير بعرضية الهلاك وهو ضدّ الصيانة فصار أمانة ضرورة، ألا ترى أن ما زاد على قدر الدين أمانة في يد المرتهن والقبض في الكل واحد فلا يثبت الضمان في البعض دون البعض، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: للمرتهن بعد ما نفق الفرس الرهن عنده « ذهب حقك »[٢]، **ولا يجوز أن يراد به ذهاب الحق** في الحبس لأنه لا يتصوّر حبسه فلا يحتاج فيه إلى البيان لأنه عليه الصلاة والسلام بعث لبيان الأحكام لا لبيان

أحمد اهـ ع **قوله**: **(بخلاف البيع)** أي حيث يكتفى فيه بالتخلية اهـ **قوله**: **(صار مستوفياً دينه)** أي من وقت القبض السابق كما سيأتي **قوله**: **(لا يغلق)** من باب علم اهـ **قوله**: **(قال)** أي الشافعي اهـ **قوله**: **(وهو الحوالة والكفالة)** إذ بموت الكفيل لا يسقط الدين فكذا بهلاك الرهن اهـ **قوله**: **(ولا يجوز أن يراد به ذهاب الحق إلخ)** قال القدوري في شرحه: ولا يجوز أن يقال: المراد ذهب حقك من الإمساك لأن ذلك يعلم مشاهدة ولا من المطالبة برهن آخر لأن ذلك لم يكن حقاً له فلم يبق إلا أن يكون المراد ذهب حقك من الدين اهـ إتقاني. وكتب ما نصه حدّث الطحاوي في شرح الآثار عن محمد بن خزيمة قال: حدّثنا عبيد اللّه بن محمد التيمي قال: أخبرنا عبداللّه بن المبارك قال: أخبرنا مصعب بن ثابت « عن عطاء بن أبي رباح أن رجلاً ارتهن فرساً فمات الفرس في يد المرتهن فقال رسول اللّه ﷺ: ذهب حقك ». فدل هذا من قول الرسول ﷺ على بطلان الدين بضياع الرهن اهـ إتقاني. **قوله**:

---

(١) أخرجه ابن ماجه مختصراً في الأحكام (٢٤٤١)، ومالك في الموطأ باب الأقضية (١٤٣٧)، والدارقطني في سننه (٣ / ٣٣).

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤ / ٣٢١).

الحقائق، ولأن الحق ذكر معرفاً بالإضافة فيعود إلى المذكور أوّلاً، وقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا: إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك بأن قال: كل واحد منهما لا أدري كم كان قيمته فيكون مضموناً بما فيه من الدين وإجماع الصحابة والتابعين رضي اللّه عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفية][1] / الضمان، فمذهب عمر رضي اللّه عنه أنه مضمون بالأقل من الدين [٢١١ ب/٣] ومن قيمة الرهن وبه أخذ أصحابنا رحمهم اللّه، وعن علي رضي اللّه عنه أنه قال: يترادّان الفضل وقال الحسن: هذا محمول على حالة بقاء الرهن إذا استوفى المرتهن يرد عليه الفضل، وقد روي عن محمد بن الحنفية عن علي رضي اللّه عنه مثل مذهبنا وعند شريح الرهن مضمون بما فيه قلَّت قيمته أو كثرت حتى لا يرجع واحد منهما على الآخر بعد هلاكه بشيء مطلقاً وهذا اختلاف السلف على ثلاثة أقوال **وإحداث قول رابع** خروج عن الإجماع فلا يجوز، ولأن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لأن لفظه ينبئ عن الحبس على ما بينا، والأحكام الشرعية تثبت على وفق معانيها اللغوية، ولأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن يكون موصلاً له إليه ويثبت ذلك بملك اليد والحبس ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن، وليكون عاجزاً عن الانتفاع به فيتسارع إلى قضاء الدين أو لضجره، فإذا ثبت هذا المعنى ثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرّر بالهلاك، فلو استوفى الدين بعده يؤدّي إلى الربا لأنه يكون استيفاء ثانياً، ولا يلزم ذلك حال قيام الرهن لأن استيفاء الأول ينتقض بالرد على الراهن فلا يتكرر، ولا يقال: إنما صار مستوفياً بملك اليد لا بملك الرقبة، وقد بقي حقه في ملك الرقبة فكان له أن يستوفيه ليأخذ حقه كملاً أو صار مستوفياً بالمالية دون العين فيكون له الاستيفاء ثانياً ليأخذ حقه في العين كملاً، لأنا نقول: لا وجه إلى استيفاء الباقي وهو ملك الرقبة **بدون ملك اليد** أو ملك العين بدون

(حتى روي عن شريح إلخ) قال الإتقاني: روي عن شريح أنه قال: الرهن بما فيه ولو كان خاتماً من حديد بمائة درهم كأنه جعل الدين بمنزلة البيع، قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: وهذا قول لا يؤخذ به لأنه وثيقة بالدين وهو ينافي معنى الوثيقة اهـ **قوله: (وإحداث قول رابع إلخ)** قال الإتقاني: ثم اعلم أن أحداً من الصحابة والتابعين لم ير وعنه أن الرهن في مقدار الدين ليس بمضمون بل هم اتفقوا أنه مضمون في مقدار الدين، وإنما اختلفوا في الزيادة على قدر الدين فعند عمر رضي اللّه عنه هي أمانة، وقول الخصم: أنه أمانة في مقدار الدين خرق للإجماع فلا يسمع اهـ **قوله: (بدون ملك**

---

(١) ما بين معكوفتين نهاية التقديم والتأخير ما بين المطبوع والمخطوط والصحيح ما في المطبوع.

ملك المالية إذ لا يتصور ذلك فيسقط للضرورة، كما إذا استوفى زيوفاً مكان الجياد فإن حقه في الجودة يبطل لعدم تصوّر استيفاء الجودة وحدها بدون العين، **فإذا** لم يملك العين **بقي ملك الراهن فيه أمانة** في يده فتكون نفقته حياً وكفنه ميتاً عليه لأنهما مؤنة الملك، ولو اشتراه المرتهن لا ينوب قبض الرهن عن قبض الشراء لأن عينه أمانة فلا ينوب قبضه عن قبض المضمون، وقوله عليه الصلاة والسلام: «**لصاحبه غنمه** وعليه غرمه»[1]، قلنا: يحتمل أن يكون الصاحب هو المرتهن كما يقال للمضارب: صاحب المال وعن أبي يوسف رحمه الله في تفسير الحديث إن الفضل في قيمة الرهن لرب الرهن فلا يكون مضموناً ولا يغلق، وإن كان فيه نقصان رجع المرتهن بالفضل، وعن أبي عبيدة أنهما بمعنى واحد تقول: رجع الرهن إلى ربه فيكون غنمه له ويرجع رب الحق عليه فيكون غرمه عليه فإذا كان الحديث مؤوّلاً لا يلزم حجة، **ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يغلق الرهن»**[2] على ما قالوا: الاحتباس

اليد) يعني إذا ردّ الرهن إلى صاحبه يفوت ملك اليد عن المرتهن، ولا يمكن القول بالاستيفاء حينئذٍ لأن استيفاء المرتهن دينه من الرهن بدون ملك اليد لا يتصوّر لأنه محال، فإذا لم يمكن الاستيفاء وطولب الراهن بأداء الدين لا يلزم الربا لأنه لم يتكرر الاستيفاء اهـ إتقاني. **قوله: (فإذا)** أي إذا ثبت أن الاستيفاء يقع بالمالية دون العين بقيت العين أمانة في يد المرتهن اهـ قارئ الهداية. وكتب ما نصه في هذا الكلام خلل اهـ من خط قارئ الهداية. **قوله: (بقي ملك الراهن فيه أمانة)** قال في الهداية: والاستيفاء يقع بالمالية، أما العين أمانة، قال الإتقاني: وهذا جواب سؤال بأن يقال: لا نسلم أن الرهن استيفاء للدين من وجه، فلو كان استيفاء للدين لا يخلو إما أن كان استيفاء لعين الدين، أو استيفاء لبدل الدين لا وجه إلى الأول لأن الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون إلا من جنسه، ولا وجه إلى الثاني لإجماعنا أن الرهن بالمسلم فيه، وبدل الصرف قبل القبض يجوز مع أن الاستبدال بهما قبل القبض لا يجوز فأجاب عنه بهذا فاندفع السؤال لأن المجانسة ثابتة باعتبار صفة المالية فكان العين كالكيس، فلو كان أوفى حقه من الدراهم في الكيس يكون ما في الكيس مضموناً دون الكيس، فكذا هنا ما في العين من صفة المالية مضمون دون العين فإنهاأمانة لأنها ملك الراهن ونفقتها عليه اهـ **قوله: (ومعنى «قوله صلى الله عليه وسلم: لا يغلق الرهن»)** أي لا يملك بالدين **قوله: (له غنمه)** أي زوائده وعليه غرمه أي نفقته وكفنه اهـ وكتب ما نصه قال في الفائق: يقال: غلق الرهن غلوقاً إذا بقي في يد المرتهن لا يقدر على تخليصه، وكان من أفاعيل الجاهلية أن الراهن إذا لم يردّ ما عليه في الوقت المؤقت

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

الكلي **بأن يصير مملوكاً له**، كذا ذكره الكرخي رحمه اللّٰه عن السلف، وعن النخعي رحمه اللّٰه في رجل دفع إلى رجل رهناً وأخذ منه درهماً فقال: إن جئتك بحقك إلى كذا وكذا وإلا فالرهن لك، فقال إبراهيم: لا يغلق الرهن فجعله جواباً للمسألة وموجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وإن كان فراغ الذمة من ضروراته، بخلاف الصك والشهود لأنه لا استيفاء فيهما حتى يسقط دينه بالهلاك فحاصله أن حكم الرهن عندنا صيرورة الرهن محتبساً بدينه بإثبات يد الاستيفاء عليه، وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عيناً بالبيع وجعله أولى به، وتقديمه على سائر الغرماء فيخرج على الأصلين عدة مسائل كلها مختلف فيها، **منها** أن الراهن ممنوع من الاسترداد للانتفاع به عندنا لأنه يفوت موجبه وهو الاحتباس، وعنده لا يمنع منه لأنه لا ينافي موجبه **وهو تعينه للبيع**، ومنها أن حكم الرهن **يسري إلى الولد عندنا** فيحبس مع الأصل، وعنده لا يسري لأن الولد الحادث بعد الاستيفاء في حقيقة الاستيفاء يكون للمستوفي فكذا في الاستيفاء/ الحكمي، وعنده لما كان حكم الرهن [٢١٢/أ/٣] تعينه للبيع فتعين عين المبيع لا يوجب تعين عين أخرى له، **ومنها أن رهن المشاع** لا يجوز عندنا لأن حكم الرهن وهو الحبس الدائم لا يتصور فيه، **وعنده يجوز لإمكان بيعه** ثم كيفية الضمان ما ذكره في المختصر وهو أن يكون مضموناً بالأقل من قيمته، ومن الدين إلى آخر ما ذكره على ما بينا، وقال زفر رحمه اللّٰه: الرهن كله مضمون بالقيمة حتى إذا كان قيمته أكثر من الدين يجب على المرتهن ضمان الفضل، «لقول علي رضي اللّٰه عنه يترادّان الفضل في الرهن»، والتراد يكون من الجانبين فيرجع كل واحد منهما على صاحبه بالفضل عند الهلاك، ولأن الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة كما في قدر الدين، ومذهبنا مروي عن عمر وعبداللّٰه بن مسعود رضي اللّٰه عنهما، ولأن يد المرتهن يد استيفاء فلا توجب الضمان إلا بقدر

ملك المرتهن الرهن اهـ غاية. **قوله: (بأن يصير مملوكاً له)** أي للمرتهن اهـ **قوله: (منها)** أي منها أن الرهن أمانة عنده، وإذا هلك لا يسقط الدين وعندنا يسقط ومنها اهـ غاية. **قوله: (وهو تعينه للبيع)** أي وقضاء الدين من ثمنه اهـ **قوله: (يسري إلى الولد عندنا)** لأنه صفة شرعية للأم فيسري إلى الولد لملك الرقبة اهـ إتقاني. **قوله: (ومنها أن رهن المشاع إلخ)** ومنها أن للراهن أن ينتفع بالمرهون ويشرب لبنها عنده لأنه باق على ملكه وعندنا ليس له ذلك، لأن فيه إبطال ملك اليد عليه، ومنها أن الراهن إذا أعتق عبده المرهون بطل إعتاقه وعندنا ينفذ ويضمن قيمته إن كن موسراً ويكون رهناً مكانه، وإن كان معسراً سعى العبد في قيمته اهـ غاية. **قوله: (وعنده يجوز لإمكان بيعه)** أي واستيفاء الدين من ثمنه اهـ غاية. وروى ابن الحنفية عن علي أنه قال: إذا كان الرهن بأكثر مما رهن به فهلك فهو بما فيه لأنه أمين

المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء بأن أوفاه دراهم في كيس أكثر من حقه يكون مضموناً عليه بقدر الدين، والفضل أمانة والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الأصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان، والمراد بالترادّ في المروي عن علي رضي الله عنه حالة البيع فإنه روي عنه أنه قال: «المرتهن أمين في الفضل»، وروى ابن الحنفية عنه أنه مثل مذهبنا فلم يبق فيه حجة، وكيفية الضمان فيما إذا كان مرهوناً بالأعيان المضمونة، وقد هلك الرهن أن يقال لمن في يده العين: سلم العين إلى المرتهن وخذ منه الأقل من قيمة الرهن ومن قيمة العين لأن الرهن مضمون بالأقل منهما، إذ العين المرهون بها بمنزلة الدين المرهون به، فإذا وصل إلى المرتهن العين وجب عليه أن يرد قدر المضمون لأن الزائد عليه أمانة، وإن هلكت العين المرهون بها قبل الرهن، فالرهن رهن على حاله بقيمة تلك العين، وإن هلك الرهن بعد ذلك كان مضموناً بالأقل من قيمته ومن قيمة العين حتى يرجع المرتهن على الراهن بالزائد إن كانت قيمة العين أكثر، ولا يرجع الراهن على المرتهن إن كانت قيمة الرهن أكثر لأن الفضل من الرهن أمانة كما إذا كان مرهوناً بالدين وفيه فضل، وقال القدوري في مختصره: **ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون**، وهذا يشير إلى أن الرهن بالأعيان المضمونة لا يصح، ويمكن أن يقال: إن الموجب الأصلي فيها القيمة وهي دين على ما بينا، ووصف الدين بكونه مضموناً وصف ضائع لا فائدة فيه لأن الدين لا يكون إلا مضموناً، وذكر قاضيخان في فتاواه وصاحب المبسوط إذا أخذ المولى ببدل الكتابة من مكاتبه رهناً جاز، وإن كان لا يجوز أخذ الكفيل به، وفي المحيط المكاتب كالحر في الرهن والارتهان، وذكر الطحاوي أنه على قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز، والصحيح الأول لأن الرهن إيفاء، والارتهان استيفاء وهو يملكهما، ولو رهن بمكاتبته عبداً فأبق العبد عتق المكاتب إذا قضى القاضي بذلك، وإن رجع الآبق بعد ذلك يكون رهناً بمكاتبته، والعبد المأذون له في التجارة كالمكاتب حتى يملك الرهن والارتهان لما ذكرنا.

في الفضل، وإن كان بأقل مما رهن به ردّ الراهن الفضل اهـ إتقاني. **قوله: (ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون)** وقيد الدين بالمضمون على وجه التأكيد، وإلا فجميع الديون مضمونة، كذا قال في شرح الأقطع. وقيل: أريد بالدين المضمون ما كان واجباً للحال، أي لا يصح إلا بدين واجب للحال لا بدين سيجب، واحترز به عن الرهن بالدرك فإنه لا يصح وهو عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، وقيل: احتراز عن بدل الكتابة فإن الرهن به لا يصح لأن المضمون هو الذي لا يسقط إلا بالأداء أو بالإبراء، وبدل الكتابة ليس كذلك لأنه يسقط بتعجيز النفس، وفي الفتاوى: يجوز الرهن ببدل الكتابة، والأصح ما قاله في شرح

قال رحمه اللّه: (وله أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به) أي **للمرتهن أن يطالب الراهن** بدينه ويحبسه به، وإن كان الرهن في يده لأن حقه باقٍ بعد الرهن، والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة، وكذا لا يمتنع به الحبس لأنه جزاء الظلم وهو المماطلة على ما بيناه في القضاء مفصلاً.

قال رحمه اللّه: (ويؤمر المرتهن بإحضار رهنه، والراهن بأداء دينه أولاً) أي إذا طلب المرتهن دينه يؤمر بإحضار الرهن أولاً ليعلم أنه باقٍ، ولأن قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لأنه يؤدّي إلى تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد/ المرتهن وهو محتمل، وإذا أحضر المرتهن الرهن أمر الراهن [٢١٢ب/٣] بتسليم الدين أوّلاً وهو المراد بقوله: والراهن بأداء دينه أولاً ليتعين حق المرتهن في الدين كما تعين حق الراهن في الرهن تحقيقاً للتسوية بينهما، كما في تسليم المبيع والثمن يحضر البائع المبيع ثم يسلم المشتري الثمن أوّلاً لما ذكرنا، وإن طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع فيه العقد فإن كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة **فكذلك الجواب** لأن الأماكن كلها كبقعة واحدة في حق التسليم، ولهذا لا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء في باب السلم بالإجماع، وإن كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه **ولا يكلف إحضار الرهن** لأنه نقل والواجب عليه التسليم بالتخلية دون النقل لأنه يتضرر به

الأقطع اهـ إتقاني. **قوله**: (**للمرتهن أن يطالب الراهن إلخ**) قال الكرخي: ويبيع الحاكم الرهن في دين المرتهن على قول أبي يوسف ومحمد، ولا يبيعه في قول أبي حنيفة، ولكن الحاكم يحبس الرهن حتى يؤدي الدين أو يبيع هو الرهن فيؤدّي دينه إلى هنا لفظ الكرخي، قال القدوري في شرحه: وهذ فرع على اختلافهم في الحجر بالفلس، فعند أبي حنيفة أن الحاكم لا يبيع مال المفلس ولكن يحبسه حتى يبيعه، وعلى قولهما إذا امتنع من البيع باع عليه اهـ إتقاني. **قوله**: (**فكذلك الجواب**) أي يؤمر المرتهن بإحضار الرهن أوّلاً اهـ غاية. **قوله**: (**ولا يكلف إحضار الرهن**) أي ولكن يحلف المرتهن باللّه ما هلك الرهن إن طلبه الراهن لأنه غائب فيحتمل الهلاك فيبطل أيضاً الدين، فإذا حلف اقتضى دينه اهـ غاية. وكتب ما نصه قال في الكافي: وإذا طالب المرتهن بالدين أمر المرتهن بإحضار الرهن لأن قبض الرهن قبض استيفاء فلو أمر بقضاء الدين قبل إحضار الرهن فربما يهلك الرهن بعد ذلك أو يكون هالكاً قبل ذلك، فيصير مستوفياً دينه مرتين، فإذا أحضره أمر الراهن بتسليم دينه أوّلاً ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقاً للتسوية، كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولاً، وكذا إن طالبه بالدين في غير بلد الرهن ولا حمل له ولا مؤنة لأن الأماكن كلها كمكان العقد فيما لا حمل له ولا مؤنة، ألا ترى أنه لا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء في السلم بالإجماع فيؤمر بإحضاره، وإن كان له حمل ومؤنة يأخذ دينه

زيادة ضرر لم يلزمه في العقد، **ولو بيع الرهن لا يكلف المرتهن إحضار ثمن** الرهن لأنه لا قدرة له عليه لأن بيعه بأمر الراهن فصح وصار الرهن ديناً فصار كأنه رهنه الراهن وهو دين، ولو قبض الثمن يكلف إحضاره لقيام البدل مقام المبدل والذي يقبض الثمن هو البائع مرتهناً كان أو عدلاً لأنه هو العاقد وحقوق العقد ترجع إليه، وكما يكلف إحضار الراهن باستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل إذا ادّعى الراهن هلاكه لاحتمال الهلاك، بخلاف ما إذا لم يدّع الراهن هلاكه لأنه لا فائدة في إحضاره مع إقراره ببقائه، وهذا بخلاف ما إذا قتل رجل خطأ العبد الرهن حتى قضى بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين، حيث لا يجبر الراهن على قضاء الدين حتى لا يحضر المرتهن جميع القيمة **لأنه لم يصر ديناً بفعل الراهن**، وفيما تقدّم صار ديناً بفعله ولا بدّ من إحضار جميع القيمة لأنه يقوم مقام العين لكونها بدلاً عنها، ولو وضع الرهن على يد عدل وأذن بالإيداع ففعل ثم جاء المرتهن فطلب دينه لا يكلف إحضار الرهن لأنه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته، وكذا لو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يفرّ بالوديعة من العدل ويقول: لا أدري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين، لأن إحضار الرهن ليس على المرتهن لأنه لم يقبض منه، كذا إذا غاب العدل ولا يدري أين هو لما قلنا، بخلاف ما إذا جحد الذي أودعه العدل الرهن بأن قال: هو مالي حيث لا يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت أنه رهن لأنه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق الاستيفاء فلا يملك المطالبة به.

قال رحمه الله: (فإن كان الرهن في يد المرتهن لا يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين) أي لو أراد الراهن أن يبيع الرهن لكي يقضي بثمنه الدين لا يجب

ولا يكلف المرتهن على إحضار الرهن لأن المرتهن عاجز عن الإحضار والتسليم غير واجب في بلد لم يجر فيه العقد، ولأن هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان إلى مكان لأن العين أمانة، ولكن للراهن أن يحلفه باللّه ما هلك اهـ قلت: والحاصل أن المرتهن إذا طالب الراهن بدينه فلا يخلو إما أن يكون الطالب في البلد الذي وقع عقد الرهن فيه، أو في غيرها فإن كان فيها أمر المرتهن أولاً بإحضار الرهن سواء كان له حمل ومؤنة أو لا، فإذ أحضره أمر الراهن بتسليم الدين، وإن كان في غيرها فكذلك فيما لم يكن له حمل ومؤنة، وإن كان له حمل ومؤنة يأخذ دينه ولا يؤمر بالإحضار اهـ **قوله: (ولو بيع الرهن لا يكلف المرتهن)** الذي بخط الشارح لا يكلف المشتري فليتأمل، وانظر عبارة الكافي والهداية والنهاية وغيرها يظهر لك ما في كلام الشارح واللّه الموفق اهـ **قوله: (إحضار ثمن)** كذا بخط الشارح. **قوله: (لأنه لم يصر ديناً بفعل الراهن)** أي بل بفعل الأجنبي اهـ

على المرتهن أن يمكنه من البيع لأن حكم الرهن الحبس الدائم إلى أن يقضي الدين لا القضاء من ثمنه على ما بينا من قبل فلو قضاه البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية كما في حبس المبيع.

قال رحمه الله: (فإذا قضى سلم الرهن) أي إذا قضى الراهن جميع الدين سلم المرتهن الرهن إليه لزوال المانع من التسليم بوصول حق المرتهن إليه، فلو هلك الرهن بعد قضاء الدين قبل تسليمه إلى الراهن استرد الراهن ما قضاه من الدين لأنه تبين بالهلاك أنه صار مستوفياً من وقت القبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب ردّه، وهذا لأنه بإيفاء الدين لا ينفسخ الرهن حتى يردّه إلى صاحبه فيكون مضموناً على حاله بعد قضاء الدين ما لم يسلمه إلى الراهن أو يبرئه المرتهن عن الدين، وكذا لو فسخا الرهن لا ينفسخ ما دام في يده حتى كان للمرتهن أن يمنعه بعد الفسخ حتى يستوفي دينه، ولو هلك بعد الفسخ / يكون كما لو هلك قبله فيكون [٢١٣/أ/٣] هالكاً بدينه، بخلاف ما إذا هلك بعد الإبراء حيث لا يضمن استحساناً لأنه لم يبق رهناً لأن بقاءه رهناً بأمرين بالقبض والدين فإذا فات أحدهما لم يبق رهناً.

قال رحمه الله: (ولا ينتفع المرتهن بالرهن استخداماً وسكنى ولبساً وإجارة وإعارة) لأن الرهن يقتضي الحبس إلى أن يستوفي دينه دون الانتفاع فلا [يجوز له الانتفاع إلا بتسليط منه، وإن فعل كان متعدّياً ولا يبطل الرهن بالتعدّي.

قال رحمه الله: (ويحفظه بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله) معناه أن يكون الولد أيضاً في عياله لأن عينه أمانة في يده على ما بينا فصار كالوديعة وأجيره الخاص كولده الذي في عياله، وهو الذي استأجره مشاهرة أو مسانهة والمعتبر فيه المساكنة ولا عبرة بالنفقة **حتى لو أن المرأة** لو دفعته إلى زوجها لا تضمن.

قال رحمه الله: (وضمن بحفظه بغيرهم وبإيداعه وتعدّيه قيمته) لما بينا أن عينه وديعة والوديعة تضمن بالهلاك بهذه الأشياء **لكونه متعدّياً بها** فيضمن جميع قيمته **كالمغصوب**، وهل يضمن المودع الثاني فهو على الخلاف الذي بينا في مودع المودع **في كتاب الوديعة** ثم إن قضى القاضي بالقيمة من جنس الدين يلتقيان قصاصاً بمجرد القضاء إذا كان الدين حالاً فلا يطالب كل واحد منهما صاحبه إلا بالفضل، وإن كان مؤجلاً يضمن المرتهن قيمته وتكون رهناً عنده لأنه بدل الرهن فيكون له حكم أصله فإذا حل الأجل أخذه بدينه، وإن قضى بالقيمة من خلاف جنس الدين

قوله: (حتى لو أن امرأة إلخ) لفظه لو ثابتة في خط الشارح **قوله: (لكونه متعدّياً بها)** فصار غاضباً اهـ **قوله: (كالمغصوب)** لأن الزيادة على مقدار الدين أمانة، والأمانات تضمن بالتعدّي اهـ هداية. **قوله: (في كتاب الوديعة)** يعني أن في تضمين المودع الثاني خلافاً فعند

كان الضمان رهناً عنده إلى أن يقضيه دينه لأنه بدل الرهن فأخذ حكمه، ولو رهنه خاتماً فجعله في خنصره ضمن لأنه استعمل الرهن فصار متعدياً به، واليمني واليسرى في ذلك سواء لأن العادة فيه مختلفة، ولو جعله في بقية الأصابع كان رهناً على حاله لأنه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ لا من باب الاستعمال بغير إذن المالك إلا إذا كان المرتهن امرأة فيضمن، لأن النساء يلبسن كذلك فيكون من باب الاستعمال بغير إذن المالك، وكذا الطيلسان إن لبسه لبساً معتاداً ضمن، **وإن وضعه على عاتقه لا يضمن**، ولو رهنه سيفين فتقلدهما ضمن، وفي الثلاثة لا يضمن لأن العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب دون الثلاثة، ولو رهنه خاتمين فلبس خاتماً فوق خاتم فإن كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن لأنه مستعمل وإلا فلا لأنه حافظ.

قال رحمه اللّه: (وأجرة بيت حفظه وحافظه على المرتهن وأجرة راعيه ونفقة الرهن والخراج على الراهن) والأصل فيه أن ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن بنفسه وتبقيته فهو على الراهن **سواء كان في الرهن فضل** أو لم يكن، لأن العين باقية على ملكه، وكذا منافعه مملوكة له فيكون أصلاً ومؤنته عليه لما أنه مؤنة ملكه كما في الوديعة، وذلك مثل النفقة من مأكله ومشربه وأجرة الراعي مثله لأنه علف البهائم، ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وكري النهر وسقي البستان وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه أو لردّه إلى يد المرتهن أو لردّ جزء منه كمداواة الجرح فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ، لأن الإمساك حق له، والحفظ واجب عليه فتكون مؤنته عليه، وكذلك أجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن، وعن أبو يوسف رحمه اللّه أن أجرة المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لأنه سعي في تبقيته، **ومن هذا القسم جعل الآبق إذا كان كله مضموناً** لأن يد الاستيفاء كانت ثابتة على المحل ويحتاج إلى إعادة يد الاستيفاء ليردّه على المالك فكانت من مؤنة الردّ فتكون عليه، وإن كان بعضه أمانة فيقدر المضمون على المرتهن وحصة الأمانة

أبي حنيفة لا ضمان عليه، وعندهما عليه الضمان كالأوّل اهـ غاية. **قوله: (وإن وضعه على عاتقه لا يضمن)** ثم ينبغي لك أن تعرف أن المراد بعدم الضمان فيما بعد حفظاً واستعمالاً أن لا يضمن ضمان الغصب، لا أنه لا يضمن أصلاً لأنه مضمون بالدين فيسقط الدين بهلاكه بما هو الأقل من قيمته ومن الدين كالخاتم إذا جعله في إصبع لا يتختم به في العرف والعادة، وكالثوب إذا ألقاه على عاتقه وبه صرح في شرح الطحاوي اهـ إتقاني. **قوله: (سواء كان في الرهن فضل)** أي على الدين اهـ غاية. **قوله: (ومن هذا القسم)** أي القسم الذي

على الراهن لأن الردّ لإعادة اليد ويده في الزيادة][1] يد المالك إذ هو كالمودع فيها فتكون على المالك بخلاف أجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن، فإن كلها تجب على المرتهن كيفما كان لأن وجوبها لأجل الحبس وحق الحبس ثابت له في الكل، وأما الجعل فلأجل الضمان فيتقدّر بقدره، والمداوة والفداء من الجناية ينقسم على المضمون، والأمانة والخراج على الراهن لأن مؤنة الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين، ولا يبطل الرهن به في الباقي لأن وجوبه لا ينافي ملكه، ألا ترى أنه لو باع الخارج كله في غير الرهن قبل أداء العشر يجوز، فكذا له أن يخرج بدل العشر من مال الآخر، وإذا كان ملكه ثابتاً فيه بقي رهناً على حاله بخلاف استحقاق جزء شائع من الرهن حيث يبطل الرهن في الباقي لأنه يتبين بالاستحقاق أنه لا يملك قدر المستحق فكان الرهن شائعاً من الابتداء وتبين أن الرهن كان باطلاً ولا كذلك وجوب العشر لأن وجوبه لا ينافي ملك الراهن لا فيه ولا في غيره، ثم إذا خرج منه العشر خرج ذلك الجزء عن ملكه في ذلك الوقت فلم يوجب شيوعاً في الباقي لا طارئاً ولا مقارناً، وما أدّاه أحدهما مما يجب على الآخر بغير أمر القاضي فهو متطوّع كما إذا قضى دين غيره بغير أمره، وإن كان بأمر القاضي وجعله ديناً على الآخر رجع عليه، وبمجرّد أمر القاضي من غير تصريح بجعله ديناً عليه لا يرجع عليه كما في اللقطة، وعن أبي حنيفة رحمه اللّه أنه لا يرجع عليه إذا كان صاحبه حاضراً، وإن كان بأمر القاضي لأنه يمكنه أن يرفع الأمر إلى القاضي فيأمر صاحبه بذلك، وقال أبو يوسف رحمه اللّه: يرجع في الوجهين وهي فرع مسألة الحجر لأن القاضي لا يلي على الحاضر ولا ينفذ أمره عليه، لأنه لو نفذ أمره عليه لصار محجوراً عليه، وهو لا يملك حجره عليه عنده، وعند أبي يوسف رحمه اللّه يملك فينفذ أمره عليه واللّه أعلم.

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

قال رحمه اللّه: (**لا يجوز رهن المشاع**) وقال الشافعي رحمه اللّه: يجوز لأن

يجب مؤنته على المرتهن اهـ **قوله**: (**إذا كان كله مضموناً**) أي بأن كان قيمة الرهن والدين سواء اهـ

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لما ذكر قبل هذا مقدمات الرهن شرع يفصل ما يجوز ارتهانه، وما لا يجوز لأن التفصيل بعد الإجمال اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**لا يجوز رهن المشاع**) **قال الإتقاني**:

---

(١) ما بين معكوفتين يوجد تقديم عن المخطوط والصحيح ما في المطبوع.

موجبه عنده استحقاق بيعه وتعينه له والمشاع يقبل ذلك ولئن كان استيفاء فالاستيفاء الحقيقي لا يمتنع بالشيوع فكذا الحكمي، **ولنا أن موجبه ثبوت يد الاستيفاء** واستحقاق الحبس الدائم لتحصيل مقصوده وهو الاستيثاق من الوجه الذي بينا وذلك لا يحصل إلا بثبوت اليد عليه، ولهذا شرط في النص أن يكون مقبوضاً بخلاف حقيقة الاستيفاء لأن موجبها ملك العين المستوفاة فقط، لأن الحبس والملك يتصوّر في المشاع ولا يتصوّر الحبس الدائم فيه لأنه يبطل بالمهايأة **فيصير كأنه رهنه يوماً ويوماً لا** ولهذا يستوي فيه ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة، لأن موجبها الملك وذلك لا يمتنع بالشيوع وإنما يمنعها لزوم غرامة القسمة وذلك فيما يقسم لا غير ولا يجوز من شريكه أيضاً لأن ثبوت اليد في المشاع لا يتصوّر **ولأنه** لو جاز لأمسكه يوماً بحكم الرهن ويوما بحكم الملك فيصير كأنه رهنه يوماً ويوماً لا بخلاف الإجارة حيث تجوز في المشاع من شريكه، لأن حكمها التمكن من الانتفاع لا الحبس والشريك متمكن من ذلك فيجوز بخلاف غير الشريك **والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن** في رواية الأصل، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يمنع لأن حكم البقاء/ أسهل من الابتداء **فأشبه الهبة** وجه الأوّل أن الامتناع [٢١٣ب/٣]

وعبارات أصحابنا فيه مختلفة، قال بعضهم: باطل وهو اختيار الكرخي، وقال بعضهم: فاسد كذا ذكر شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي اهـ وقال الكاكي رحمه الله: ثم ذكر عدم جواز رهن المشاع ولم يذكر أنه باطل أو فاسد، وفي المغني والذخيرة إشارة إلى أنه فاسد لا باطل حيث قال: والمقبوض بحكم الرهن الفاسد مضمون في الصحيح، وفي الرهن الباطل لا لأن الباطل لا ينعقد أصلاً فكان كالبيع الباطل والفاسد ينعقد فكان كالبيع الفاسد ينعقد فكان كالبيع الفاسد، وشرط انعقاد الرهن أن يكون مالاً، والمقابل به مالاً مضموناً فإذا وجدت شرائط الجواز ينعقد صحيحاً وإذا فقد شرط من شرائط جوازه ينعقد فاسداً، وفي كل موضع لم يكن الرهن مالاً أو لم يكن المقابل مضموناً لا يكون الرهن منعقداً اهـ سيأتي في كلام الشارح في الصفحة الآتية ما يفيد أن رهن المشاع باطل في مسألة لو استحق بعض الرهن، فإنه قال في آخها لأنه تبين بالاستحقاق أن الرهن وقع باطلا اهـ وذكر أن رهن المشغول باطل اهـ **قوله**: (ولنا) أي فيه وجهان أحدهما اهـ **قوله**: (**أن موجبه ثبوت يد الاستيفاء**) والمراد منه اختصاص المرتهن بالرهن حبساً إلى أن يقضي الراهن دينه وهذا المعنى لا يتصوّر في المشاع لأن اليد لا تثبت حقيقة إلا على جزء معين اهـ إتقاني. **قوله**: (**فيصير كأنه رهنه يوماً ويوماً لا**) قال الإتقاني: وكأنه قال رهنتك يوماً ويوماً لا ولو صرح بذلك لا يصح الرهن فكذا هذا اهـ **قوله**: (**لأن ثبوت اليد في المشاع لا يتصوّر**) هذا على الوجه الأول اهـ **قوله**: (**ولأنه إلخ**) هذا على الوجه الثاني اهـ **قوله**: (**والشيوع الطارئ**

لعدم المحلية **وفي مثله يستوي الابتداء** والبقاء كالمرمية في باب النكاح بخلاف الهبة لأن المشاع لا يمنع حكمها وهو الملك والمنع في الابتداء لنفي الغرامة على ما عرف ولا حاجة إلى اعتباره في حالة البقاء، ولهذا يصح الرجوع في بعض الموهوب ولا يصح الفسخ في بعض المرهون.

قال رحمه الله: (ولا الثمرة على النخل دونها ولا زرع في الأرض دونها ولا نخل في الأرض دونها) لأن القبض شرط في الرهن على ما بينا ولا يمكن قبض المتصل بغيره وحده **فصار في معنى المشاع**، وعن أبي حنيفة رحمه الله أن رهن الأرض بدون الشجر جائز لأن الشجر اسم للنابت فيكون استثناء للأشجار بمواضعها بخلاف ما إذا رهن الدار دون البناء لأن البناء اسم للمبنى **فتكون الأرض جميعها رهناً وهي مشغولة بملك الراهن**، ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لأنه رهن الأرض بما فيها من النخيل وذلك جائز **ومجاورة ما ليس برهن لا يمنع الصحة** ويدخل في رهن الأرض النخل والثمر

يمنع بقاء الرهن) وصورتها أن يوكل الراهن العدل ببيع الرهن كيف رأى مجتمعاً ومتفرّقاً فيبيع بعض العين أو يرهن قلباً فيه عشرون درهماً فضة بعشرة دراهم فينكسر فيضمن المرتهن نصف القلب وهي حصة المضمون وتبقى حصة الأمانة رهناً فيقطع حتى لا يكون مشاعا اهـ إتقاني. وكتب ما نصه في الذخيرة: صورته أن يرهن جميع الرهن ثم تفاسخا العقد في النصف وردّه المرتهن اهـ **قوله: (فأشبه الهبة)** فإن الشيوع الطارئ لا يمنع بقاءها اهـ **قوله: (وفي مثله يستوي الابتداء إلخ)** فإن قيل: لو زوّج الأب ابنته من مكاتبه جاز ولا يبطل النكاح بموت الأب ولو تزوّجت مكاتبها ابتداء لا يجوز قلنا: إن المكاتب لا يملك بسبب من أسباب الملك فكذا بالوراثة وإذا تزوّجت مكاتبها ابتداء إنما لا يجوز لأن الملك ثابت لها من وجه ونكاح المملوك من وجه لا يجوز اهـ معراج. **قوله: (فصار في معنى المشاع)** قال في الهداية: وكذا إذا رهن الأرض دون النخيل أو دون الزرع أو النخيل دون الثمر لأن الاتصال يقوم بالطرفين فصار الأصل أن المرهون إذا كان متصلاً بما ليس بمرهون لم يجز لأنه لا يمكن قبض المرهون وحده ثم قال: وعن أبي حنيفة إلى آخر ما ذكره الشارح اهـ **قوله: (فتكون الأرض جميعها رهناً إلخ)** قال الكرخي في مختصره: ولا يجوز رهن ثمرة في نخل ولا كرم ولا شجر حتى يحوزه ويسلمه إلى المرتهن ولا رهن ذلك دون ثمرته ولا رهنها دون الأرض ولا رهن نخل ولا كرم ولا شجر في أرض دون الأرض وكذلك إن رهن زرعاً في أرض دون الأرض أو رهن الأرض دون الزرع ولا يجوز رهن الأرض دون ما فيها من نخل أو شجر أو كرم إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لأن المرهون متصل بغيره لا يمكن حبسه دونه فكان في معني رهن المشاع وذلك باطل لأنه لا يتأتى القبض فيه وحده فكذا هذا لهذا المعنى اهـ قال الإتقاني: وأما إذا رهن الأرض واستثنى النخل بمواضعه جاز في قولهم جميعاً لأنه رهن ما سواه وذلك بقعة محوزة مجاورة لمكان النخل فيصح فيها الرهن كذا ذكر القدوري في شرحه اهـ **قوله: (وهي مشغولة بملك الراهن)** أي وهو البناء اهـ **قوله:**

على النخل والزرع والرطبة والبناء والغرس لأنه تابع لاتصاله فيدخل تبعاً تصحيحاً للعقد بخلاف البيع حيث لا تدخل هذه الأشياء في بيع الأرض **سوى النخل** لأن بيع الأرض والنخل بدون هذه الأشياء جائز فلا حاجة إلى إدخالها في البيع من غير ذكر وبخلاف المتاع الموضوع فيها حيث لا يدخل في الرهن من غير ذكر لأنه ليس بتابع بوجه ما، ولهذا لو باعها بكل قليل وكثير هو فيها أو منها لا يدخل المتاع وهذه الأشياء تدخل وكذا تدخل هذه الأشياء في رهن الدار والقرية لما ذكرنا، **ولو استحق بعضه** إن كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده جاز وذلك بأن يكون المستحق موضعاً معيناً، لأن رهنه ابتداء يجوز فكذا بقاء وإن كان الباقي لا يجوز ابتداء الرهن عليه بأن

(ومجاورة ما ليس برهن لا تمنع الصحة) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره: وإن قال: رهنتك هذه الدار أو هذه الأرض أو هذه القرية وأطلق القول إطلاقاً ولم يخص شيئاً دون شيء دخل البناء والنخل والشجر والكرم الذي في الأرض في الرهن وكذلك يدخل الزرع والرطبة في الرهن ولا يشبه الرهن البيع لأن الرهن لم يخرج من ملك الراهن بعقد الرهن وخرج من ملك البائع في البيع وهذا قولهم جميعاً إلى هنا لفظ الكرخي في مختصره: قال القدوري في شرحه: وأما البناء والغرس فيدخل في البيع وإن لم تفتقر صحة البيع إلى دخوله فلأن يدخل في الرهن وصحته تقف على دخوله أولى فأما الزرع والرطبة فال تدخل في البيع وتدخل في الرهن لما بيَّنا في الثمرة أن الرهن لا يصح دون ذلك ودخوله فيه لا يخرجه من ملك الراهن فلذلك دخل تصحيحاً للعقد اهـ إتقاني رحمه اللّه تعالى. **قوله: (سوى النخل)** يعني وما هو في معناها مما هو متصل بالمبيع اتصال قرار كالبناء وقد تقدّم في المتن أن البناء والشجر يدخلان في البيع بلا ذكر ولما كان حكم النخل وسائر الأشجار والبناء في البيع سواء للمعنى الجامع فيها وهو الاتصال قراراً اقتصر الشارح على استثناء النخل وهذا مما لا يخفى على آحاد الطلبة فضلاً عن الشارح رحمه اللّه ئلا نظر في كلامه واللّه تعالى أعلم اهـ كاتبه. **قوله: (ولو استحق بعضه إلخ)** قال الشيخ أبو الحسن الكرخي: فإن رهن الأرض بما فيها أو الدار ثم استحق بعض الرهن نظرت إلى ما بقي فإن كان يجوز ابتداء الرهن عليه وحده فهو باق على الرهن بحصته من الدين وإن كان ابتداء الرهن لا يجوز عليه بطل الرهن كله إلى هنا لفظ الكرخي رحمه اللّه يعني إن كان الباقي مفرزاً بقي الرهن فيه وإن كان شائعاً بطل وذلك لأن بالاستحقاق تبين أن المستحق لم يكن داخلاً في العقد فصار رهناً لما بقي فإن كان مفرزاً جاز وإلا فلا، قال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي: وإن استحق بعض الرهن بعد صحته فإنه ينظر إن كان الباقي بعد ورود الاستحقاق بمحل أن يجوز الرهن عليه ابتداء فلا يبطل الرهن فيه ويكون الباقي محبوساً بجميع الدين ولكنه يكون محبوساً بحصته من الدين إن قسم الدين على قيمته وقيمة ما استحق منه من حيث أنه لو هلك الباقي يهلك [illegible]صته من الدين وإن كان في قيمته وفاء بالدين لا يذهب جميع

استحق جزءاً شائعاً أو ما هو في معنى الشائع كالثمر ونحوه بطل لأنه تبين بالاستحقاق أن الرهن وقع باطلاً **ويمنع التسليم كون الراهن** أو متاعه في الدار المرهونة حتى إذا رهن داراً وهو فيها، **وقال: سلمتها إليك** لا يتم الرهن حتى يقول بعدما خرج من الدار سلمتها إليك لأن التسليم الأول وهو فيها وقع باطلاً لشغلها به فلا بد من تجديد التسليم بعد الخروج منها كما إذا سلمها ومتاعه فيها ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل الذي عليها **فلا يتم حتى يلقي الحمل** بخلاف ما إذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهناً تاماً **إذا دفعها إليه**، لأن الدابة مشغولة فصار كما إذا رهن متاعاً في دار أو وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما إذا رهن سرجاً على دابة أو لجاماً في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهناً حتى ينزعه منها ثم يسلمه إليه لأنه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل **حتى قالوا** يدخل في رهن الدابة من غير ذكر.

قال رحمه الله: (والحرّ والمدبر والمكاتب وأم الولد) لأن موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء **والاستيفاء من هؤلاء متعذر** لاستحقاقهم الحرّية فصاروا كالحرّ.

قال رحمه الله: (ولا بالأمانات وبالدرك والمبيع) أي لا يجوز الرهن بهذه الأشياء أما بالأمانات كالوديعة والعارية والمضاربة ومال الشركة، فلأن قبض الرهن مضمون بما رهن به لكونه استيفاء لا بنفسه فلا بدّ من ضمان المرهون به ليقع الرهن مضموناً به ويستحق استيفاؤه من الرهن، والأمانات ليست بمضمونة ولا يمكن استيفاؤها من الرهن لتعينها حال بقائها وعدم وجوب الضمان بعد هلاكها فصارت كالعبد الجاني والعبد المأذون له في التجارة والشفعة، فإن الرهن بها لا يجوز لعدم الضمان فإن العبد غير مضمون على المولى والشفعة غير مضمونة على المشتري بخلاف الأعيان المضمونة كالمغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد حيث يصح الرهن بها لأن الوجوب فيها متقرراً إذ الواجب فيها القيمة والعين مخلص على ما عليه/ الجمهور أو للقيمة شبهة الوجوب على ما قاله البعض فتكون [٢١٤ أ/٣] رهناً بما تقرّر وجوبه **أو سببه**. وأما الدرك فلأن الرهن استيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب

الدين بخلاف ما إذا رهن الباقي بالدين ابتداء وفيه وفاء بالدين ولو كان الباقي بعد ورود الاستحقاق مما لا يجوز رهنه ابتداء فإنه يبطل الرهن اهـ إتقاني. **قوله: (ويمنع التسليم كون الراهن إلخ)** وكذا متاعه في الوعاء المرهون اهـ **قوله: (وقال سلمتها إليك)** فقال المرتهن: قد قبلت اهـ غاية. **قوله: (فلا يتم حتى يلقي الحمل)** أي عنها ويدفعها اهـ **قوله: (إذا دفعها إليه)** لأن الرهن ليس بمشغول بغيره ولا تابعاً له فصار كرهن متاع في دار إذا خلّى بينه وبينه اهـ غاية. **قوله: (حتى قالوا)** أي قالوا: لو رهنه دابة عليها سرج ولجام ورسن وذلك للراهن دخل في الرهن لأنه من توابعه فلا يصح إفراده بالرهن دونها اهـ إتقاني. **قوله: (والاستيفاء من هؤلاء**

لأن معنى الدرك ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فما لم يستحق لا يجب على البائع ردّ الثمن وكذا بعد الاستحقاق حتى يحكم بردّ الثمن ويفسخ البيع لاحتمال أن يجيز المستحق البيع بخلاف الكفالة به حيث تجوز لأن الكفالة يجوز تعليقها بشرط ملائم على ما عرف في موضعه، وهذا لأنها التزام المطالبة والتزام الأفعال معلقاً أو مضافاً إلى المال جائز **كما في الصوم والصلاة**، وليس فيها شيء من معنى التمليك ولا كذلك الرهن فإنه استيفاء فيكون تمليكاً، والتمليكات بأسرها لا يجوز تعليقها ولا إضافتها فافترقا، ولو قبض الرهن بالدرك قبل الوجوب بالاستحقاق فهلك عند المشتري يهلك أمانة لأنه لا عقد **حيث وقع باطلاً** بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول: رهنتك هذا بألف لتقرضنيه وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمي من المال لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة بل جعل موجوداً اقتضاء لأن الرهن استيفاء والاستيفاء لا يسبق الوجوب بل يتلوه، فلا بدّ من سبق الوجوب ليكون الاستيفاء مبنياً عليه، ولأنه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطي له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيكون مضموناً عليه بالأقل مما سمى، ومن قيمة الرهن إذا سمى قدر الموعود، وإن لم يسم قدره بأن رهنه على أن يعطيه شيئاً فهلك الرهن في يده **يعطي المرتهن للراهن ما شاء** لأنه بالهلاك صار مستوفياً شيئاً فيكون بيانه إليه كما لو أقر بدين، بخلاف المقبوض على سوم الشراء حيث يجب على القابض جميع قيمته لأنه مضمون بنفسه كالبيع الفاسد والمغصوب فلا يتقدّر بغيره، ولا كذلك الرهن فإنه مضمون بغيره وهو الدين فيكون مقدّراً به، وروى المعلى عن أبي يوسف رحمه اللّه أنه يجب قيمة الرهن في الدين الموعود، بالغة ما بلغت كالمقبوض على سوم الشراء، وأما بالمبيع فلأنه مضمون بغيره فإنه مضمون بالثمن حتى إذا هلك ذهب بالثمن فلا يجب على البائع شيء، والرهن لا يجوز **إلا بالأعيان المضمونة بنفسها، ولا يجوز بالأعيان المضمونة** بغيرها كالرهن، **وإن هلك الرهن** بالمبيع ذهب بغير شيء **لأنه لا اعتبار بالباطل** فلا يجب على المشتري شيء.

متعذر) أما الحر لعدم المالية وأما الباقون اهـ **قوله**: (أو سببه) أي سبب وجوبه اهـ وكتب ما نصه فيه لف ونشر مرتب اهـ **قوله**: (**كما في الصوم والصلاة**) أي لو نذر بالصوم والصلاة والصدقة يصح لأنه التزام المطالبة بالقول فكذا الكفالة التزام المطالبة لا التزام الدين اهـ **قوله**: (**حيث وقع باطلاً**) وكذا بعد حلول الدرك لأنه لا عقد لوقوعه باطلاً ولهذا لا يملك حبسه قاله الكاكي اهـ **قوله**: (**يعطى المرتهن للراهن ما شاء**) فإن قال: أنا أعطيك فلساً قال محمد: لا يصدّق في أقل من درهم اهـ خلاصة. **قوله**: (**إلا بالأعيان المضمونة بنفسها**) وهي التي يجب مثلها عند هلاكها إن كان لها مثل أو القيمة إن لم يكن مثل كالمغصوب في يد الغاصب، والمهر في يد الزوج وبدل الخلع في يد المرأة اهـ بدائع. **قوله**: (**ولا يجوز بالأعيان**

قال رحمه الله: (وإنما يصح بدين ولو موعوداً) أي الرهن يصح بدين، وإن كان الدين موعوداً ولا يصح بغيره وقد بينا المعنى فيه، وهو أن الرهن استيفاء والاستيفاء يتحقق في الواجب وهو الدين ثم وجوب الدين ظاهراً يكفي لصحة الرهن، ولا يشترط وجوبه حقيقة حتى لو ادّعى على رجل ديناً ألف درهم مثلاً فأنكر المدّعى عليه فصالحه على خمسمائة على الإنكار فأعطاه بها رهناً يساوي خمسمائة فهلك الرهن عند المرتهن ثم تصادقا أن لا دين عليه، فإن المرتهن يضمن قيمته خمسمائة للراهن باعتبار الظاهر ذكره محمد رحمه الله في الجامع، وكذا لو اشترى عبداً ورهن بالثمن فهلك ثم ظهر أن العبد حر أو مستحق يجب على البائع أن يضمن الأقل من قيمة الرهن ومن ثمن العبد لأن الدين كان ثابتاً ظاهراً فيترتب عليه أحكامه، لأن الأحكام الشرعية تبنى على الظاهر والله تعالى هو الذي يتولى السرائر، وكذا لو اشترى عبداً أو شاة ذكية أو خلاً فرهنه بثمنه ثوباً ثم ظهر أن العبد حر والشاة ميتة والخل خمر **كان الرهن مضموناً لما ذكرنا.**

المضمونة إلخ) كالمبيع في يد البائع اهـ **قوله: (وإن هلك الرهن إلخ)** قال الإتقاني: فإن هلك الرهن في يد المشتري فالمبيع على حاله ويذهب الرهن بغير شيء لأنه غير مضمون، ولو أعطاه المؤجر رهناً بعبد الإجارة فالرهن باطل لأنه ليس بمضمون عليه، ألا ترى أنه إذا هلك انفسخت الإجارة كذا ذكر القدوري في شرحه اهـ **قوله: (لأنه لا اعتبار بالباطل)** قال في الخلاصة: والثاني الرهن بالأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع، وذلك لا يجوز أيضاً حتى لو هلك الرهن يهلك بغير شيء هذا قول أبي الحسن الكرخي، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله: هذا خلاف رواية الأصل فإنه قال في كتاب الصرف: رجل اشترى سيفاً فأخذ به رهناً فهلك الرهن يضمن الأقل من قيمته ومن قيمة السيف اهـ وقال في الينابيع: أما المضمون بغيره كالمبيع في يد البائع فلا يصح أخذ الرهن به فإن أخذ به رهناً وهلك في يده، فإن هلك في يده قبل حبسه ضمنه ضمان الغصب وذكر محمد في كتاب الصرف أنه يجوز أخذ الرهن بالمبيع، وإن هلك في يده قبل قبض المبيع هلك بالأقل من قيمته ومن قيمة المبيع ولا يصير قابضاً للمبيع بهلاكه اهـ وقال العيني في شرح الهداية بعد تقرير عبارة الهداية: إن الرهن بالمبيع باطل فلا يكون مضموناً ما نصه، وقال تاج الشريعة: وفي مبسوط شيخ الإسلام خواهر زاده: المشتري إذا أخذ رهناً من البائع بالمبيع فإن الرهن باطل، فلو هلك الرهن في يد المرتهن من غير فعله يهلك مضموناً بالأقل من قيمته ومن المبيع إذ المرهون مال اهـ ما قاله العيني قلت: فقد صرح في هذا بكون الرهن بالمبيع باطلاً وجعل حكمه حكم الرهن الصحيح في كونه مضموناً بالأقل من قيمته ومن المبيع، وهذا بخلاف ما مشى عليه القدوري وسائر المتون أن الرهن بالمبيع باطل، وأنه غير مضمون

قال رحمه اللّه: (**وبرأس مال السلم** وثمن الصرف والمسلم فيه) أي يجوز الرهن بهذه الأشياء، وقال زفر رحمه اللّه: لا يجوز لأن حكمه الاستيفاء وذلك بالاستبدال لاختلاف الجنس والاستبدال حرام في بدل الصرف والسلم، ولنا أنه استيثاق من الوجه / [٢١٤ ب/٣] الذي بينا وهو المقصود بالرهن، وإنما يصير مستوفياً بالمالية لا بالعين، ولهذا تكون عينه أمانة في يده حتى تجب نفقته حياً وكفنه ميتاً على الراهن، ولو كان مستوفياً به لوجب على المرتهن وهما من حيث المالية جنس واحد فيجوز استيفاء لا مبادلة.

قال رحمه اللّه: (**فإن هلك** صار مستوفياً) لوجود القبض واتحاد الجنس من حيث المالية وهو المضمون فيه، هذا إذا هلك الرهن قبل الافتراق، وإن افتراقاً قبل الهلاك بطل الصرف والسلم لفوات القبض حقيقة وحكماً، هذا إذا كان رهناً ببدل الصرف أو برأس مال السلم، وإن كان رهناً بالمسلم فيه لا يبطل بالافتراق لأن قبضه لا يجب في المجلس، ثم إن هلك بعد الافتراق **صار مستوفياً للمسلم فيه** فتم السلم، كما إذا كان رهناً برأس المال أو ببدل الصرف وهلك قبل الافتراق يصير مستوفياً لدينه حكماً فيتم الصرف والسلم، ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهناً برأس المال استحساناً حتى يحبسه به، والقياس أن لا يحبسه به لأنه دين آخر وجب بسبب آخر وهو القبض والمسلم فيه وجب بالعقد فلا يكون الرهن بأحدهما رهناً بالآخر، كما لو كان عليه دينان دراهم ودنانير وبأحدهما رهن فقضاه الذي به الرهن أو أبرأه منه ليس له حبسه بالدين الآخر، وجه الاستحسان أنه ارتهن بحقه الواجب بسبب العقد الذي جرى بينهما وهو المسلم فيه عند عدم الفسخ ورأس المال عند الفسخ فيكون محبوساً به، لأنه بدله فقام مقامه إذ الرهن بالشيء يكون رهناً ببدله

والمعوّل على ما في المتون واللّه الموفق اهـ **قوله: (كان الرهن مضموناً لما ذكرنا)** وقال القدوري في شرحه: يهلك الرهن في هذه المسائل بغير شيء لأن المبيع غير مضمون بنفسه، والقبض لم يتم في المشاع والمشغول ولم يصح في الخمر، والحر كما لو رهنه ابتداء والمختار قول محمد اهـ اختيار. **قوله: (يهلك الرهن في هذه المسائل)** أعني ما ذكره الشارح، وفي رهن المشاع ورهن المشغول بحق الغير اهـ **قوله في المتن: (وبرأس مال السلم إلخ)** قال في إشارات الأسرار: إذا أخذ ببدل الصرف ورأس المال في باب السلم رهناً فهلك قبل الافتراق، تم القبض استحساناً اهـ غاية. **قوله: (وإن افترقا قبل الهلاك)** أي هلاك الرهن اهـ **قوله: (صار مستوفياً للمسلم فيه)** وهذا ليس على إطلاقه لأنه إنما يصير مستوفياً للمسلم فيه إذا كان في الرهن وفاء به، أما إذا كان الرهن أقل منه فلا، ألا ترى إلى ما قال في باب السلم من شرح الطحاوي فإن هلك الرهن في يده صار مستوفياً للمسلم فيه، وفي الزيادة يكون أميناً وإن كانت قيمته أقل من المسلم فيه صار مستوفياً لذلك القدر ويرجع عليه

كما إذا ارتهن بالمغصوب فهلك المغصوب صار رهناً بقيمته، ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالمسلم فيه لأن رهنه به، وإن كان محبوساً بغيره كمن باع عبداً وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهناً ثم تقايلا البيع له أن يحبسه لأخذ المبيع لأنه بدل الثمن، ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لأنه مرهون به وكذا لو اشترى عبداً شراء فاسداً وأدّى ثمنه كان للمشتري أن يحبسه المبيع عند الفسخ ليستوفي الثمن، ثم إذا هلك المبيع يهلك بقيمته فكذا هذا ثم إذا هلك الرهن بالمسلم فيه في مسألتنا يجب على رب السلم أن يدفع مثل المسلم فيه إلى المسلم إليه، ويأخذ رأس المال لأن الرهن مضمون به وقد بقي حكم الرهن إلى أن يهلك فصار رب السلم بهلاك الرهن مستوفياً للمسلم فيه، ولو استوفاه حقيقة ثم تقايلا أو استوفاه بعد الإقالة لزمه ردّ المستوفي واسترداد رأس المال فكذا هذه، وهذا لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فبهلاك الرهن لا تبطل.

قال رحمه اللّه: (وللأب أن يرهن بدين عليه عبداً لطفله) أي لولده الصغير لأنه يملك إيداعه، وهذا أنظر منه في حق الصبي لأن قيام المرتهن بحفظه أبلغ مخافة الغرامة، ولو هلك يهلك مضموناً والوديعة أمانة والوصي في هذا كالأب لما بينا، وعن أبي يوسف وزفر رحمهما اللّه أنهما لا يملكان ذلك وهو القياس لأن الرهن إيفاء حكماً فلا يملكانه كالإيفاء حقيقة، وجه الاستحسان وهو الظاهر أن في حقيقة الإيفاء إزالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال، وفي الرهن نصب حافظ لمال الصغير في الحال مع بقاء ملكه فيه فافترقا، وإذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفياً دينه عند هلاكه حكماً ويصير الأب والوصي موفياً له به ويضمنان ذلك القدر للصغير، وذكر في النهاية معزياً إلى التمرتاشي وهو إلى اللآلئ أن قيمة الرهن إذا كانت أكثر من الدين يضمن الأب بقدر الدين والوصي بقدر القيمة لأن للأب أن ينتفع بمال الصبي ولا كذلك الوصي ثم قال: وذكر في الذخيرة والمغني التسوية بينهما في الحكم، وقال: لا يضمنان الفضل لأنه أمانة وهو وديعة عند المرتهن ولهما ولاية الإيداع وكذا لو سلطا المرتهن على البيع لأنه توكيل على بيعه وهما يملكانه / [٢١٥ أ/٣] ثم إذا أخذ المرتهن الثمن بدينه وجب عليهما مثله، لأنهما أوفيا دينهما بماله وأصل هذه المسألة البيع فإن الأب والوصي إذ باع مال الصغير من غريم نفسه تقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما، وعند أبي يوسف لا تقعا المقاصة **فيأخذ البائع** الثمن من المشتري للصغير ويأخذ المشتري دينه من البائع، وعلى هذا الخلاف الوكيل بالبيع إذا باعه من غريم

بالباقي اهـ إتقاني. **قوله**: (**فيأخذ البائع**) وهو الأب أو الوصي اهـ

نفسه تقع المقاصة بنفس البيع عندهما ويضمن الوكيل الثمن للموكل وعنده لا تقع، وإذا كان من أصله أنه لا يملك قضاء دين نفسه بمال الصبي بطريق البيع فكذلك لا يملك بطريق الرهن، وعندهما لما ملك بطريق البيع ملك بطريق الرهن أيضاً لأن الرهن نظير البيع من حيث وجود المبادلة بوجوب الضمان على المرتهن كوجوب الثمن على المشتري، وإذا كان للأب أو لابنه الصغير أو لعبده المأذون له في التجارة، ولا دين عليه دين على ابن له صغير **فرهن الأب متاع الصغير** من نفسه أو من ابنه الصغير أو من عبده التاجر جاز لأن الأب لوفور شفقته نزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين كما في بيعه مال الصغير من نفسه، **ولو فعل الوصي ذلك** والمسألة بحالها لا يجوز لأنه وكيل محض، والأصل أن الواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما في البيع لكنا تركنا ذلك في الأب لما ذكرنا، وليس الوصي كالأب فإن شفقته قاصرة فلا يعدل عن الحقيقة، والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر بمنزلة الرهن من نفسه فلا يجوز بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده الذي عليه دين، حيث يجوز رهنه منهم لأنه أجنبي عنهم إذ لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع حيث لا يجوز بيعه منهم لأنه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لأن له حكماً واحداً وهو أن يكون مضموناً بالأقل من قيمته ومن الدين، وذلك لا يختلف بين الأجنبي والقريب ولو رهن الوصي مال اليتيم عند الأجنبي بتجارة باشرها أو رهن لليتيم بدين لزمه

قوله: (فرهن الأب متاع الصغير إلخ) يعني ارتهن الأب متاع الصغير بدين للأب على الصغير بأن باع الأب ماله من الصغير، أو رهن الأب متاع أحد ابنيه الصغيرين من الآخر بأن يكون لأحدهما دين على االآخر بأن باع الأب مال أحد الابنين من الآخر بأن يقول مثلاً: بعت عبد ابني فلان من ابني فلان، أو رهن الأب متاع الصغير من عبد تاجر للأب ولا دين على العبد بأن اشترى الأب متاع عبده التاجر الذي لا دين عليه لأجل ابنه الصغير فصار للعبد دين على الصغير فرهن الأب متاع الصغير بدينه عند الأب اهـ **قوله: (ولو فعل الوصي ذلك إلخ)** أي لو ارتهن الوصي متاع الصغير بدين للوصي على الصغير أو ارتهن الوصي متاع الصغير بدين ابنه الصغير على الصغير اليتيم، أو ارتهن الوصي متاع الصغير بدين عبد الوصي التاجر الذي لا دين عليه على اليتيم أو رهن الوصي عيناً للوصي بدين لليتيم على الوصي، فذلك كله لا يجوز لأن الواحد لا يتولى طرفي العقد قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي: ولا يجوز للوصي أن يرهن متاع اليتيم من ابن له صغير ولا من عبد له تاجر وليس عليه دين لأن الرهن منهما كالرهن من نفسه، ولو رهن من نفسه لا يجوز لما عرف أن الشخص الواحد لا يصلح أن يكون عاقداً من جانبين في عقود تتضمن عقوداً متباينة وهذا هكذا، ولو رهن من ابن له كبير أو رهن من أبيه أو مكاتبه أو من عبد تاجر عليه دين

بالتجارة صح لأن الأصلح له التجارة تثميراً لماله فلا يجد بداً من الرهن لأنه إيفاء واستيفاء، **ولو رهن الأب متاع الصغير** فأدرك الابن ومات الأب فليس للابن أن يسترده حتى يقضي الدين لأن تصرف الأب عليه نافذ لازم له بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ، ولو كان على الأب دين لرجل فرهن به مال الصغير فقضاه الابن بعد البلوغ رجع به في مال الأب لأنه مضطر إليه لحاجته إلى الانتفاع بماله فأشبه معير الرهن، **وكذا إذا هلك** قبل أن يفتكه لأن الأب يصير قاضياً دينه به، ولو رهن الأب مال الصغير بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز **لاشتماله على أمرين جائزين** ثم حكمه في حصة دين الأب كحكمه فيما لو كان كله رهناً بدين الأب، وكذلك الوصي **والجد أب الأب**، ولو رهن الوصي متاعاً لليتيم في دين استدانه عليه وقبضه المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي هلك من مال اليتيم لأن فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لأنه استعار لحاجة الصغير فلا يكون متعدياً بذلك، ولو هلك الرهن في يد الوصي لا يسقط من الدين شيء لخروجه عن ضمان المرتهن بالاسترداد، والوصي هو الذي يطالب به على ما كان ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصغير لأنه متعد فيه لعدم ولاية الاستعمال في حاجة نفسه، ولو غصبه الوصي بعدما رهنه فاستعمله في حاجة نفسه حتى هلك عنده ضمن قيمته لأنه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال، وفي حق الصبي بالاستعمال في حاجة نفسه فيقضي بالضمان الدين إن كان قد حل، فإن فضل شيء كان لليتيم لأنه بدل ملكه، وإن لم يف بالدين يقضي من مال اليتيم لأن الدين عليه، وإنما يضمن الوصي بقدر ما تعدّى فيه، وإن كان الدين مؤجلاً فالقيمة رهن فإذا حل/ كان على ما ذكرنا، ولو أنه غصبه [٢١٥ب/٣] واستعمله لحاجة الصغير ضمنه لحق المرتهن لا لحق الصغير لأن استعماله في حاجة

جاز لأن العقد من هؤلاء ليس كالعقد من نفسه، ألا ترى أنه ليس له ولاية عليهم بخلاف البيع من هؤلاء عند أبي حنيفة حيث لا يصح لأنه إنما لا يصح لمكان التهمة حتى لو انتفت التهمة بأن بيع بمثل القيمة أو بأكثر من القيمة من هؤلاء يصح، ولا تدخل التهمة في الرهن لأن حكمه على نمط واحد في الأحوال كلها فكان العقد مع الأجنبي والقريب سواء فلا يدخل فيه تهمة، وكذا ذكر شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي اهـ غاية. مع تغيير في بعض عبارته. **قوله**: (**ولو رهن الأب متاع الصغير إلخ**) وإنما أطلق رهن الأب ولم يذكر أنه رهنه بدين نفسه أو بدين الصغير لأن الحكم واحد في الوجهين، وكذلك الوصي إذا رهن متاع الصغير ليس له أن يستردّ الرهن حتى يقضي الدين بعد البلوغ اهـ إتقاني. **قوله**: (**وكذلك إذا هلك**) أي الرهن اهـ **قوله**: (**لاشتماله على أمرين جائزين**) رهن الأب متاع الصغير بدين وبدين الصغير اهـ **قوله**: (**والجدّ أبو الأب**) إذا لم يكن الأب أو وصي

الصغير ليس بتعدّ في حقه، وكذا الأخذ لأن له ولاية أخذ مال اليتيم، ولهذا لو أقر الأب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لأنه لا يتصوّر غصبه لمال اليتيم لما أن له ولاية الأخذ فإذا هلك في يده يضمنه للمرتهن فيأخذ بدينه إن كان قد حل، ويرجع الوصي على الصغير لأنه ليس بمتعدٍّ في حقه بل هو عامل له، وإن كان لم يحل يكون رهناً عند المرتهن ثم إذ حل الدين يأخذه به ويرجع الوصي على الصبي لما ذكرنا.

قال رحمه للّه: (وصح رهن الحجرين والمكيل والموزون) والمراد بالحجرين الذهب والفضة، وإنما جاز رهن هذه الأشياء لإمكان الاستيفاء منها فكانت محلاً للرهن.

قال رحمه اللّه: (فإن رهنت بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين ولا عبرة للجودة) لأن الجودة لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس في الأموال الربوية، وهذا على إطلاقه قول أبي حنيفة رحمه اللّه يصير مستوفياً عنده إذا هلك باعتبار الوزن قلّت قيمته أو كثرت لما ذكرنا، وعندهما إن لم يكن في اعتبار الوزن إضراراً بأحدهما بأن كانت قيمة الرهن مثل وزنه فكذلك، وإن كان فيه إلحاق ضرر بأحدهما **بأن كانت قيمته أكثر** من وزنه أو أقل ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه لينتقض قبض الرهن، ثم يجعل الضمان رهناً مكانه ويملك المرتهن الهالك بالضمان لأنا لو اعتبرنا الوزن وحده من غيراعتبار صفته من جودة أو رداءة، وأسقطنا القيمة فيه أضررنا بأحدهما ولو اعتبرنا القيمة وجعلناه مستوفياً باعتبارها أدّى إلى الربا فتعين ما ذكرنا، وأبو حنيفة رحمه اللّه يقول: إن الجودة ساقطة عند المقابلة بالحبس في الأموال الربوية واستيفاء الجيد بالرديء أو **بالعكس جائز عند التراضي به** هنا، ولهذا يحتاج إلى نقضه ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان عليه **لعدم المطالبة**، ولأن الإنسان لا يضمن ملك نفسه **فتعذر التضمين بتعذر النقض**، وقيل: **هذه فريعة ما إذا استوفى زيوفاً مكان**

الأب اهـ هداية. **قوله**: (**بأن كانت قيمته أكثر إلخ**) فإن في اعتبار الوزن إضراراً بالراهن فيما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه، وفيما إذا كانت قيمته أقل من وزنه إضرار بالمرتهن في اعتبار وزنه اهـ **قوله**: (**وبالعكس جائز عند التراضي به**) هذا وقد وقع الاستيفاء بالإجماع لأنه من جنس حقه، وقد قبضه على وجه الاستيفاء، ولهذا يحتاج إلى نقضه اهـ كافي. **قوله**: (**لعدم المطالب**) ولا يمكن تحقيقه في الشخص الواحد اهـ كافي. **قوله**: (**فتعذر التضمين بتعذر النقض**) ولأنه إنما ينقض استيفاؤه إذا لم يرض به وقد رضي به لأنه متى قبض الرهن مع علمه بأنه يصير مستوفياً بالهلاك فقد رضي بوقوعه استيفاء بدون صفة الجودة فصار كما لو استوفى الزيوف مكان الجياد وهو عالم به اهـ كاكي. **قوله**: (**وقيل هذه فريعة ما إذا استوفى**

الجياد ثم علم بالزيافة وهي معروفة **وقيل: لا يصح البناء لأن محمداً** فيها مع أبي حنيفة رحمهما اللّه في المشهور عنه وفي هذه مع أبي يوسف وقال قاضيخان: إن البناء صحيح لأن عيسى بن أبان قال: قول محمد: أوّلاً كقول أبي حنيفة وآخراً كقول أبي يوسف رحمه اللّه ولئن كان مع أبي حنيفة رحمه اللّه، فالفرق له أن الزيوف في تلك المسألة **قبضه استيفاء لحقه**، وقد تم بهلاكه والرهن قبضه ليستوفي من غيره فلا بدّ من نقض القبض، وقد أمكن بالتضمين ثم الأصل فيه عند أبي حنيفة رحمه اللّه أن العبرة للوزن دون الجودة والصياغة لإن الوزن أصل والجودة وصف فلا يعتبر الوصف إلا عند الضرورة، كما في الوصايا والتصرف في أموال الصغار وعند الانكسار فيما إذا كان الرهن مصوغاً يضمن المرتهن قيمة المضمون منه بالغاً ما بلغ ولا يضمن حصة الأمانة إن كان بعضه أمانة، ويملك المرتهن المنكسر بقدر ما ضمن وخرج ذلك من أن يكون رهناً، **وجعل الضمان رهناً مكانه**، وإن شاء الراهن أن يفتك المنكسر بجميع الدين وليس له أن يجعله بالدين لأنه حكم جاهلي، والأصل عند أبي يوسف رحمه اللّه أن الجودة والصياغة معتبرة بنفسها غير تابعة للوزن في حق الضمان لأنها متقومة حقاً للعبد، ولا تجعل تبعاً إذا لم يؤدّ إلى الربا كما يعتبر في الوصايا وفي مال الصغير حيث يعتبر خروج الجودة من الثلث، ولا يجوز لولي الصغير أن يبيعه بمثله من جنسه وقيمته أنقص منه، فإذا اعتبرت الجودة صارت كأنها عين فتنضم إلى الوزن فبقدر الدين من المجموع صار مضموناً، والباقي / أمانة ثم عند الهلاك يصير مستوفياً [٢١٦ أ/٣] ما لم يؤدّ إلى الإضرار بأحدهما أو الربا فإن أدى إليه ضمن المرتهن المضمون منه من خلاف جنسه، وجعل رهناً مكانه وملك الرهن على ما بيّنا وعند الانكسار هو بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين، وإن شاء ضمنه قيمة الرهن كلها إن كان كله مضموناً، وإن كان بعضه أمانة يضمنه قدر المضمون منه ويملك المرتهن من الرهن بحسابه وتكون الأمانة رهناً على حاله مع الضمان، وتفضل الأمانة منه كيلا يلزم رهن المشاع

زيوفاً مكان الجياد) أي وهو يعلم به وهلكت الزيوف عنده اهـ كافي. **قوله: (وقيل: لا يصح البناء لأن محمداً إلخ)** قال في الكافي: والأصح أن هذه مسألة مبتدأة لأن محمداً مع أبي حنيفة إلخ اهـ **قوله: (قال: قول: محمد)** أي في مسألة استيفاء الزيوف مكان الجياد اهـ **قوله: (قبضه استيفاء لحقه)** أي من عينها والزيافة لا تمنع صحة الاستيفاء اهـ كافي. **قوله: (وجعل الضمان رهناً مكانه)** والباقي من المنكسر الذي لم يضمن يبقى على ملك الراهن ويكون رهناً مع الضمان ويفصل كيلا يلزم رهن المشاع نبه على الشارح فيما سيأتي في القسم الثالث واللّه الموفق اهـ كقوله: كيلا يلزم رهن المشاع لأن الشيوع الطارئ في ظاهر الرواية كالشيوع المقارن، وعن أبي يوسف أن الشيوع الطارئ لا يمنع فلا يحتاج إلى التمييز اهـ

وليس له أن يجعل المنكسر بالدين لما ذكرنا والأصل عند محمد رحمه اللّه أن الجودة والصياغة تابعة للأصل وهو الوزن، ولا يعتبر في المعاملات إذا لاقت جنسها ويعتبر في المضمونات، ثم ينظر إن كان في الوزن وقيمته وفاء بالدين وزيادة يصرف الدين إلى الوزن والأمانة إلى الجودة والصياغة وإن لم يكن في الوزن وفاء وفى قيمته وفاء به صرف من قيمته إلى الوزن إلى تمام الدين فيجعل مضموناً والزائد أمانة، ثم عند الهلاك يصير المرتهن مستوفياً دينه ما لم يؤدّ إلى الإضرار بأحدهما ولا إلى الربا فإن أدّى إلى أحدهما ضمن المرتهن قدر المضمون منه من خلاف جنسه، ويكون رهناً بالدين ويملك المضمون كقول أبي يوسف رحمه اللّه، وعند الانكسار كان مخيراً إن شاء افتكه بجميع الدين، وإن شاء جعله بالدين ما لم يؤدّ إلى الإضرار بأحدهما أو إلى الربا فيعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك، ثم جنس هذه المسائل على ثلاثة أقسام: قسم فيما إذا كان الرهن مثل وزن الدين، وقسم فيما إذا كان وزنه أقل من الدين، وقسم فيما إذا كان وزنه أكثر من الدين، **وكل قسم** ينقسم إلى قسمين إلى حالة هلاك الرهن وإلى حالة انكساره، **والقسم الأول** ينقسم إلى ثلاثة أقسام: **إمّا أن تكون القيمة** مثل الوزن أو أقل أو أكثر **وينقسم كل قسم** من الآخرين إلى خمسة أقسام على ما نبين فصار الكل ستة وعشرين قسماً القسم الأوّل: رهن قلب فضة وزنه عشرة وقيمته عشرة بعشرة فهلك هلك بالدين اتفاقاً اعتباراً للوزن أو لعدم الضرر بأحد، وإن انكسر **فعندهما إن شاء افتكه** بجميع الدين، وإن شاء ضمنه قيمته من جنسه **أو من خلاف جنسه** وجعله رهناً مكانه **وملك المرتهن المنكسر**، **وعند محمد إن شاء الراهن افتكه** بجميع الدين، **وإن شاء جعله بالدين**، وإن كانت قيمته أقل من وزنه فهلك فعند

كافي. **قوله**: (**وكل قسم إلخ**) فصارت الأقسام ستة اهـ **قوله**: (**والقسم الأول**) أي بقسميه وهو ما إذا كان الرهن مثل وزن الدين حالة هلاك الرهن وحالة انكساره اهـ **قوله**: (**إما أن تكون القيمة إلخ**) فصارت أقسام القسم الأوّل ستة من ضرب ثلاثة في اثنتين اهـ **قوله**: (**وينقسم كل قسم إلخ**) فصارت أقسام القسمين الأخيرين عشرين من ضرب أربعة هي ما إذا كان وزن الرهن أقل من الدين أو أكثر حالة هلاك الرهن أو انكساره في خمسة واللّه أعلم اهـ **قوله**: (**فعندهما**) أبو حنيفة وأبو يوسف اهـ **قوله**: (**إن شاء افتكه**) أي ناقصاً اهـ **قوله**: (**أو من خلاف جنسه**) لأنه لا يتمكن فيه الربا اهـ كافي. **قوله**: (**وملك المرتهن المنكسر**) أي بالضمان ولا يجبر الراهن على الفكاك لأنه إن ذهب شيء من الدين بذهاب الجودة يصير قابضاً دينه بالجودة على الانفراد والجودة لا قيمة لها عند الانفراد ، ولو ألزمناه الفكاك بجميع دينه من غير أن يذهب شيء من الدين مع النقصان حقيقة لتضرر الراهن لفوات حقه في الجودة فخيرنا على الوجه الذي بينا اهـ كافي. **قوله**: (**وعند محمد إن شاء الراهن افتكه**) أي ناقصاً اهـ

أبي حنيفة رحمه اللّه يصير مستوفياً لدينه اعتباراً للوزن، وعندهما يضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه، ويكون رهناً لأن في استيفائه ضرراً بالمرتهن، وإن انكسر ضمن قيمته من خلاف جنسه، وملك المضمون وجعل الضمان رهناً بالاتفاق، وإن شاء افتكه بجميع الدين وليس له أن يجعله بالدين بالاتفاق، أما عندهما فظاهر، وكذلك عند محمد رحمه اللّه **لأن المرتهن يتضرر به** كما في حالة الهلاك، وإن كانت قيمته أكثر من وزنه فهلك صار مستوفياً دينه بالإجماع اعتباراً للوزن عنده وصرفاً للأمانة إلى الجودة والمضمون إلى الوزن عند محمد، وعند أبي يوسف وإن كان يصرف الضمان والأمانة إلى الوزن والجودة لكن صار مستوفياً بقدر المضمون منهما والباقي منهما أمانة، **وإن انكسر ضمن جميع قيمته من خلاف جنسه عند أبي حنيفة** رحمه اللّه لأن وزنه كله مضمون وهو المعتبر عنده وجعل الضمان رهناً وملك المرتهن المنكسر، وإن شاء افتكه بجميع الدين وعند أبي يوسف رحمه اللّه يضمن المرتهن بقدر المضمون منه والباقي أمانة حتى إذا كان يساوي خمسة عشر، **والمسألة بحالها** ضمن ثلثيه عشرة فيملك المرتهن ثلثي العين وثلث العين أمانة يكون رهناً مع

قوله: (وإن شاء جعله بالدين) فيصير ملكاً للمرتهن بدينه وليس للراهن أن يضمنه قيمته له أنه مضمون بالدين بالإجماع لو هلك، فكذا إذا انكسر اعتباراً لحالة الانكسار بحالة الهلاك، وهذا لأنه لما تعذر الفكاك مجاناً لما بينا صار في معنى الهالك فيعتبر بالهالك الحقيقي، ولأنه بنفس القبض صار مضموناً بالدين بالإجماع على وجه يتقرّر الضمان بالهلاك فلا يجوز أن يكون مضموناً بالقيمة، لأن العين الواحدة لا يجوز أن تكون مضمونة بضمانين مختلفين قلنا: طريق صيرورته مضموناً بالدين أن يجعل مضموناً بالقيمة بقدر الدين لأنه عقد استيفاء وسقوط الدين في الاستيفاء الحقيقي باعتبار أن يجعل مضموناً بالقيمة بقدر الدين لأنه عقد استيفاء وسقوط الدين في الاستيفاء الحقيقي باعتبار أن يجعل مضموناً بالقيمة عليه ثم تقع المقاصة بين ماله وبين ما عليه، فكذا في الاستيفاء الحكمي وجعله مضموناً بالدين في حال قيامه يؤدّي إلى إغلاق الرهن، وإنه حكم جاهلي في الشرع فصرنا إلى التضمين بالقيمة لأنه لا يؤدّي إلى الإغلاق لانتقال حكم الرهن إلى مثله اهـ كافي. **قوله: (لأن المرتهن يتضرر به)** لأنه أدون من حقه اهـ **قوله: (وإن انكسر ضمن جميع قيمته من خلاف جنسه عند أبي حنيفة)** لأن الواجب عنده في حالة الانكسار ضمان القيمة والعبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة في هذا الباب، فإن كان باعتبار الوزن كله مضموناً كان كله مضموناً، وإن كان بعضه فبعضه وجميع الوزن مضمون فتتبعه الجودة لأنها تابعة للذات ومتى صار الذات مضموناً استحال أن يكون الوصف أمانة لأن التبع لا يخالف الأصل اهـ كافي. **قوله: (والمسألة بحالها)** بأن كان الدين عشرة والوزن كذلك اهـ

الضمان ويفصل كيلا يكون الرهن مشاعاً، وإن شاء افتكه بجميع الدين وليس له أن يجعله بالدين **وعند** / **محمد** رحمه الله **إن شاء جعله بالدين،** كما في حالة الهلاك، وإن [٢١٦ ب/٣] شاء افتكه بجميع الدين والقسم الثاني: وهو ما إذا كان وزنه أقل من الدين بأن رهن بعشرة قلباً وزنه ثمانية مثلاً فهو على خمسة أوجه، إما أن تكون قيمته مثل وزنه ثمانية أو أقل أو أكثر من وزنه وأقل من الدين تسعة أو مثل الدين عشرة أو أكثر من الدين خمسة عشر، فعند الهلاك يصير مستوفياً لدينه بقدر وزنه في الوجوه، كلها عند أبي حنيفة رحمه الله فيذهب ثمانية من دينه ويرجع بدرهمين على الراهن لأن العبرة عنده للوزن دون الجودة والصياغة، وعند الانكسار يضمن المرتهن جميع قيمته على وجه لا يكون رباً فيكون الضمان رهناً ويملك المرتهن المنكسر لأن العبرة للوزن عنده على ما بينا، ووزنه جميعه مضمون فيضمن قيمته بالغة ما بلغت ولو بلغت ألوفاً، وإن شاء افتكه بالدين كله ولا شيء له عليه لأنه لا اعتبار للجودة عنده، وعندهما إن كانت قيمته مثل وزنه فهلك ذهب من الدين بقدر وزنه إذ لا ضرر عليهما فيه ويرجع المرتهن بالفضل على الراهن، **وإن انكسر خير الراهن** بين التضمين والافتكاك عند أبي يوسف رحمه الله، وعند محمد يخير بين تركه بالدين بقدره وبين الافتكاك، وإن كانت قيمته أقل من وزنه فعند الهلاك يضمن قيمته وتكون رهناً عنده، ولا يجعل بالدين لأن فيه ضرراً على المرتهن إن ذهب من الدين قدر وزنه، وإن ذهب قدر قيمته يلزم بالربا إلا إذا رضي المرتهن بذهاب حقه قدر وزن الرهن لأن المنع لحقه، وإن انكسر خير الراهن بين أن يفتكه بجميع الدين وبين أن يضمنه

قوله: (وعند محمد إن شاء جعله بالدين إلخ) قال في الكافي: بعد أن صوّرها فيما إذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثنا عشر، وانكسر عند محمد إن انتقص بالانكسار من قيمته درهم أو درهمان يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين، وإن انتقص أكثر من ذلك لا يجبر الراهن فإن شاء جعله للمرتهن بدينه، وإن شاء افتكه ناقصاً بجميع الدين لأن من أصله أن الضمان في الوزن والأمانة في الجودة والصنعة لأن الجودة والصنعة تابعة للوزن، والحكم في الرهن على الأصالة هو المضمونية لأنه عقد ضمان واستيفاء، وصفة الأمانة في المرهون تابعة فيجعل الأصل بمقابلة الأصل والتبع بمقابلة التبع إلا أن يفضل شيء من الضمان فحينئذٍ يصرف إلى الجودة ضرورة اهـ وكتب ما نصه: محل هذا التخيير ما إذا كان النقصان بالانكسار أكثر من الزائد على الدين، أما إذا كان النقصان بقدر الزيادة على الدين أو أقل فلا كما علم من الحاشية التي هي أعلاها نقلاً عن الكافي، وسيأتي في كلام الشارح في القسم الثاني فيما إذا كانت قيمته أكثر من الدين خمسة عشر، وفي القسم الثالث أيضاً اهـ **كقوله: (وإن انكسر خير الراهن إلخ)** وهذا التخيير بالاتفاق من الثلاثة اهـ

قيمته من خلاف جنسه أو من جنسه رديئاً ويكون رهناً عنده، وليس له أن يجعله بالدين عند محمد لما فيه من الإضرار بالمرتهن، كما في حالة الهلاك إلا برضا المرتهن، وإن كانت قيمته أكثر من وزنه وأقل من الدين تسعة، **فعند الهلاك خير الراهن إن شاء افتكه**، وإن شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه أو من جنسه جيداً قيمته مثل قيمة الرهن فيكون رهناً عنده، لأنه لو ذهب من الدين بقدر وزنه يتضرر الراهن، وإن ذهب بقدر قيمته لزم الربا فتعين ما ذكر، **وإن انكسر خير الراهن بين الافتكاك** وبين تضمين المرتهن ثم يكون الضمان رهناً عنده، **وكذا إذا كانت قيمته مثل الدين عشرة** لما بينا من مذهبهما، وإن كانت قيمته أكثر من الدين خمسة عشر **فإن هلك** غرم المرتهن ثلثيه عند أبي يوسف رحمه الله ورجع بدينه ويملكه المرتهن وثلثه على ملك الراهن **يفصل، ويكون رهناً مع الضمان** لأن الجودة والصياغة معتبرة عنده كالعين، وكذا إن انكسر عنده لما بينا، وعند محمد رحمه الله إن هلك ضمن قدر الدين من قيمته من خلاف جنسه **ويكون رهناً عنده**، وإن انكسر ينظر إن نقص بالانكسار قدر الزيادة على الدين فلا ضمان على المرتهن لأن الزائد عنده أمانة على ما بينا من أصله، وإن كان النقصان أكثر من الزائد على الدين خير الراهن بين افتكاكه بجميع الدين وبين تضمين المرتهن قدر الدين من قيمته من خلاف جنسه ويكون رهناً عنده، والقسم الثالث وهو ما إذا كان وزنه أكثر من الدين بأن رهن قلب فضة وزنه خمسة عشر بعشرة دراهم فهو على خمسة أوجه أما إن كانت قيمته مثل وزنه أو أكثر من وزنه أو أقل من وزنه وأكثر من الدين أو مثل الدين أو أقل من الدين **فإن هلك ذهب** بالدين ثلثاه مضموناً وثلثه أمانة عند أبي حنيفة رحمه الله كيفما كانت قيمته لأنه لا يعتبر عند الهلاك إلا الوزن، وإن انكسر فهو بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين في الصور كلها، وإن شاء ضمنه ثلثي قيمته بالغاً ما بلغ لأنه لا يعتبر إلا الوزن، فإن كان وزنه كله مضموناً ضمن/ جميع قيمته، وإن كان بعضه فبعضه يكون الضمان رهناً، [٢١٧ /١/ ٣] ويملك المرتهن قدر ما ضمن من الرهن وهو الثلثان والثلث أمانة يبقى على ملك

قوله: (فعند الهلاك خير الراهن إن شاء افتكه) لا يخفى أن الافتكاك لا يتصوّر عند الهلاك فالصواب الاقتصار على التضمين كما في الكافي وغاية البيان وغيرهما. **قوله: (وإن انكسر خير الراهن بين الافتكاك إلخ)** وهذا التخيير أيضاً لا خلاف فيه بين الثلاثة والله أعلم. **قوله: (وكذا إذا كانت قيمته مثل الدين عشرة)** يعني حكم هذا القسم في حالتي الانكسار والهلاك حكم القسم الذي قبله اهـ **كقوله: (ويملكه المرتهن)** إنما يتأتى على تقدير الانكسار لا غير اهـ **قوله: (يفصل ويكون رهناً مع الضمان)** الظاهر أن قوله: يفصل ويكون رهناً مع الضمان زائد لا معنى له والله أعلم اهـ **قوله: (ويكون رهناً عنده)** ولا يجبر الراهن على الفكاك بكل

الراهن ويكون رهناً مع الضمان، ويفصل كيلا يلزم رهن المشاع، وعندهما إن كانت قيمته مثل وزنه فعند الهلاك يذهب بالدين ثلثه أمانة وثلثاه مضموناً، وإن انكسر فعند أبي يوسف خير الراهن إن شاء افتكه بجميع الدين، وإن شاء ضمنه ثلثي قيمته ويكون رهناً مع الباقي على الوجه الذي ذكرنا لأبي حنيفة، وعند محمد إن شاء جعل ثلثيه بالدين وأخذ ثلثه، إن شاء افتكه بجميع الدين لما عرف من أصله، وإن كانت قيمته أكثر من وزنه عشرين، فإن هلك ذهب بالدين مضموناً وأمانة، وإن انكسر فعند أبي يوسف رحمه اللّه إن شاء افتكه بالدين، وإن شاء ضمنه قدر الدين والباقي أمانة يكون رهناً مع الضمان ويفصل لما بينا ويملك المرتهن المضمون، وعند محمد رحمه اللّه إن نقص بالانكسار قدر الزائد على الوزن أو أقل لا يعتبر النقصان، لأن الأمانة تصرف إليه عنده فيجبر على الفكاك وإن زاد النقصان على ذلك حتى صارت قيمته أقل من وزنه **خير الراهن إن شاء ترك ثلثيه** بالدين وأخذ الثلث، **وإن شاء افتكه بالدين** وليس له أن يضمنه لما عرف من مذهبه، وإن كانت قيمته أقل من وزنه و أكثر من الدين اثني عشر فإن هلك يضمن المرتهن قدر الدين وهو خمسة أسداس قيمة القلب لأن العبرة عندهما للوزن والقيمة جميعاً، وبالوزن والقيمة وفاء بالدين وزيادة والمضمون من الرهن عشرة والباقي أمانة، وإن انكسر ضمنه بحصته وهو عشرة أجزاء من اثني عشر جزءاً منه لأن المضمون منه خمسة أسداسه، باعتبار القيمة لا باعتبار الوزن لأنها معتبرة عندهما، وإن كانت قيمته مثل الدين إن هلك **ضمن المرتهن جميع قيمته لتعذر جعله مستوفياً** باعتبار الوزن أو القيمة، وقال في المحيط: ضمن المرتهن بتخير لأن القيمة معتبرة عندهما مع الوزن ولا وفاء بالقيمة بقدر المضمون من الرهن وهي عشرة **لأن قيمة العشرة من الرهن أقل من عشرة الدين** فيتخير إن شاء جعله هالكاً بما فيه، وإن شاء ضمنه عشرة من خلاف جنسه ويكون رهناً عنده ودينه على حاله نفياً للضرر عن نفسه، وإن انكسر ضمن قيمته لأن القيمة معتبرة عندهما مع الوزن وقيمته عشرة فيترك جميع القلب عليه بعشرة، **وإن كانت قيمته أقل من وزنه** ثمانية إن

الدين اهـ كافي. **قوله**: (**فإن هلك ذهب**) أي الرهن كله اهـ **قوله**: (**خير الراهن إن شاء ترك ثلثيه**) أي لالتحاق الانكسار بالهلاك عنده وصيرورته مستوفياً به اهـ **قوله**: (**وإن شاء افتكه بالدين**) أي وأسقط حقه من النقصان لأن وزن العشرة المضمونة نقصت قيمتها بالانكسار اهـ **قوله**: (**ضمن المرتهن جميع قيمته**) لأن القيمة معتبرة وبها وفاء بالدين اهـ **قوله**: (**لتعذر جعله مستوفياً إلخ**) لئلا يلزم الضرر بالراهن بفوت بقية وزن الرهن اهـ **قوله**: (**وقال في المحيط**:) تنظر عبارة المحيط. **قوله**: (**لأن القيمة معتبرة عندهما**) لئلا يلزم الربا في حق المرتهن اهـ **قوله**: (**لأن قيمة العشرة من الرهن أقل من عشرة الدين**) أي بثلاثة وثلث اهـ **قوله**: (**وإن كانت

هلك ضمن قيمته ورجع بدينه لأن القيمة لها عبرة مع الوزن عندهما، **وإن وجد الوفاء في الوزن** لم يوجد في القيمة فيتخير وله أن يضمن قيمة القلب ثمانية ويكون رهناً عنده، وإن انكسر ضمن جميع قيمته لما عرف.

قال رحمه اللّه: (ومن باع عبداً على أن يرهن المشتري بالثمن شيئاً بعينه فامتنع لم يجبر وللبائع فسح البيع إلا أن يدفع المشتري الثمن حالاً أو قيمة الرهن رهناً) وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز هذا البيع بهذا الشرط وعلى هذا القياس والاستحسان إذا باعه شيئاً على أن يعطيه كفيلاً حاضراً في المجلس فقبل الكفيل لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحدهما ومثله مفسد للبيع ولأنه صفقة في صفقة وهو منهي عنه، وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد لأن الرهن للاستيثاق، وكذا الكفالة والاستيثاق يلائم العقد فإذا كان الكفيل حاضراً في المجلس وقبل اعتبر المعنى وهو الملاءمة فصح العقد، وإذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معنياً أو كان الكفيل غائباً حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فكان الاعتبار لعينه فيفسد، ولو كان الكفيل غائباً فحضر في المجلس وقبل صح، وكذا لو لم يكن الرهن معيناً فاتفقا على تعيين الرهن في المجلس أو نقد المشتري الثمن حالاً جاز البيع/ [٢١٧ب/٣] وبعد المجلس لا يجوز، وقوله: فامتنع لم يجبر أي امتنع المشتري من تسليم الرهن لم يجبر على تسليمه، قال زفر: يجبر لأنه صار بالشرط حقاً من حقوقه كالوكالة المشروطة في عقد الرهن، **قلنا: عقد الرهن تبرع** ولا جبر على المتبرع كالواهب غير أن للبائع الخيار إن شاء رضي بترك الرهن، وإن شاء فسخ البيع لأنه وصف مرغوب فيه ففواته يوجب الخيار كسلامة المبيع عن العيب في البيع إلا أن يدفع المشتري الثمن حالاً لحصول المقصود أو يدفع قيمة الرهن رهناً لأن المقصود من الرهن المشروط يحصل بقيمته.

قال رحمه اللّه: (**وإن قال** للبائع: أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فهو رهن) وقال زفر: لا يكون رهناً، ومثله عن أبي يوسف رحمه اللّه لأن قوله: أمسك يحتمل الرهن ويحتمل الإيداع، والثاني أقلهما فيقضي بثبوته بخلاف ما إذا قال: أمسكه بدينك أو بمالك عليّ لأنه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا: إنه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس إلى إيفاء الثمن والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط براءة المحيل كفالة، ألا ترى

قيمته أقل من وزنه) لعله وإن كانت قيمته أقل من الدين اهـ **قوله: (وإن وجد الوفاء في الوزن إلخ)** هذا المحل يحتاج إلى تأمل وتحرير اهـ **قوله: (قلنا: عقد الرهن تبرع)** أي من جانب

أنه لو قال: ملكتك هذا بكذا يكون بيعاً للتصريح بموجب البيع كأنه قال: بعتك بكذا ولا فرق بين أن يكون ذلك الثوب هو المشترى أو لم يكن بعد أن كان بعد القبض، لأن المبيع بعد القبض يصلح أن يكون رهناً بثمنه حتى يثبت فيه حكم الرهن بخلاف ما إذا كان قبل القبض لأنه محبوس بالثمن، وضمانه يخالف ضمان الرهن فلا يكون مضموناً بضمانين مختلفين لاستحالة اجتماعهما حتى لو قال له: أمسك المبيع حتى أعطيك الثمن قبل القبض فهلك انفسخ البيع، **ولو كان المبيع شيئاً يفسد بالمكث** كاللحم والجمد فأبطأ المشتري وخاف البائع عليه التلف جاز للبائع أن يبيعه ووسع المشتري أن يشتريه ويتصدق البائع بالزائد إن باعه، بأزيد من الثمن الأوّل لأن فيه شبهة.

قال رحمه اللّه: (ولو رهن عبدين بألف لا يأخذ أحدهما بقضاء حصته كالبيع) لأن المجموع محبوس بكل الدين فيكون الجميع محبوساً بكل جزء من أجزاء الدين تحصيلاً للمقصود، وهو المبالغة في الحمل على الإيفاء فصار كالمبيع في يد البائع وهو المراد بقوله: كالمبيع في يد البائع فإن سمى لكل واحد منهما شيئاً من الدين الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الأصل، لأن العقد متحد فلا يتفرق بالتسمية كالمبيع وفي الزيادات له أن يقبض أحدهما إذا أدّى ما سمى له لأن التفريق يثبت في الرهن بتسمية حصة كل واحد منهما لأن قبول العقد في أحدهما لا يكون شرطاً لحصة العقد في الآخر، **حتى إذا قبل في أحدهما صح** فيه بخلاف البيع لأن العقد فيه لا يتعدّد بتفصيل الثمن، ولهذا لو قبل البيع في أحدهما دون الآخر بطل البيع في الكل لأن البائع يتضرر بتفريق الصفقة عليه لما أن العادة قد جرت بضم الرديء إلى الجيد في البيع فيلحقه الضرر بالتفريق، ولا كذلك الرهن لأن الراهن لا يتضرر بالتفريق، ولهذا لا يبطل به **وهذه الرواية هي الأصح**.

الراهن اهـ **قوله في المتن:** (**وإن قال:**) أي المشتري اهـ **قوله:** (**ولو كان المبيع شيئاً يفسد بالمكث إلخ**) قال الولوالجي أول الفصل الثالث من البيوع: رجل اشترى لحماً أو سمكاً فذهب ليجيء بالثمن فأبطأ فخاف البائع أن يفسد يسع للبائع أن يبيعه من غيره ويسع للمشتري أن يشتريه وإن علم بالقضية، أما البائع فلأنه يكون راضياً بالانفساخ، وأما المشتري فلأنه لما جاز للبائع البيع حل للمشتري الشراء، فإن باع بزيادة يتصدّق بها، وإن باع بنقصان فالنقصان موضوع عن المشتري، وهذا نوع استحسان رواه الحسن بن زياد دفعاً للضرر عن البائع اهـ قوله: فالنقصان موضوع عن المشتري كذا ذكر في القنية في باب ما يتعلق بقبض المبيع **قوله:** (**حتى إذا قبل في أحدهما صح**) يعني إذا قال: رهنتك هذين العبدين بألف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المرتهن أحدهما دون الآخر صح بما سمي

قال رحمه الله: (**ولو رهن عيناً عند رجلين صح**) سواء كانا شريكين في الدين، أو لم يكونا شريكين فيه ويكون جميع العين رهناً عند كل واحد منهما لأن الرهن أضيف إلى كل العين في صفقة واحدة، ولا يكون شائعاً باعتبار تعدّد المستحق لأن موجبه جعله محبوساً بالدين وهو لا يقبل الوصف بالتجزئ فصار كله محبوساً بدين كل واحد منهما إذ لا تضايق في استحقاق الحبس، ولهذا الرهن لا ينقسم على أجزاء الدين بل يكون كله محبوساً بكل الدين وبكل جزء/ من أجزائه فكذا هنا يكون [٢١٨ أ/٣] محبوساً بدينهما وبدين كل واحد منهما على الانفراد، وبكل جزء من أجزاء دينهما

له من الحصة، فكذلك في الانتهاء يحتمل التفريق، وفي البيع لو قبل أحدهما لم يصح التفريق فكذلك في الانتهاء اهـ إتقاني. **قوله**: (**وهذه الرواية هي الأصح**) أي رواية الزيادات، قال الإتقاني رحمه الله: وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي رحمه الله: والصحيح ما ذكر في الأصل لأن غرضه من هذا التفصيل المقابلة في حق الضمان، ولكن على وجه تقع الوثيقة بالجملة فلو جعلناه بسبيل من استرداد البعض عند قضاء بعض المال لبطل معنى الوثيقة والضجر الحاصل بحبس الكل، وقد مر تمام البيان مرة في أول كتاب الرهن عند قوله: وإن كان الرهن في يده ليس عليه أن يمكنه من البيع حتى يقبضه الدين وينظر ثمة، قال الكرخي في مختصره: وإذا رهنه عبدين أو ثوبين أو كر طعام أوكرّ شعير بألف درهم ولم يسم لكل واحد من ذلك شيئاً من الدين جعله رهناً به فسبيل ذلك أن يقسم الدين على قيمة تلك الأشياء فما أصاب كل عبد أو كل ثوب أو كل كرّ فهو مضمون بالأقل من تلك الحصة التي حصته بالقسمة، ومن قيمة نفسه إلى هنا لفظ الكرخي، وذلك لأن الدين لما كان في مقابلة الرهن والضمان منقسم وجب أن ينقسم على المتفقين بالأجزاء، وعلى المختلفين بالقيمة كما ينقسم الثمن على المبيع بالقيمة، وأما إن سمي لكل واحد منهما حصة من الدين لم تعتبر القيمة فكان كل واحد منهما مضموناً بالأقل من قيمته، ومما سمي له لأنه جعل في مقابلته مقدار التسمية فلا يعتبر بالقيمة كالمبيعين إذا سمى لكل واحد منهما ثمناً، كذا ذكر القدوري في شرحه، وقال الحاكم الشهيد في الكافي: ولو رهنه شاتين بثلاثين درهماً إحداهما بعشرين، الأخرى بعشرة ولم يبين هذه من هذه لم يجز الرهن وذلك لأنه لم يبين المقابل بالعشرة من الأخرى فصار المرهون في حق الضمان مجهولاً وهي جهالة تفضي إلى المنازعة عند هلاك إحداهما فأوجب فساد العقد، وكذلك في حق الاسترداد، ولو سمي كان جائزاً وأيهما هلكت هلكت بما فيها، والأخرى رهن بما سمي لها اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**ولو رهن عيناً عند رجلين صح**) هذا إذا لم ينص على الإبعاض فإن نص الراهن على الإبعاض، وقال: رهنت منكما من كل واحد نصفها لا يجوز ذكره صاحب السراج الوهاج في كتاب الهبة، وذكر هناك أيضاً أنه لو رهن عيناً واحدة عند

فلا شيوع بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله لأن العين تنقسم عليهما لاستحالة ثبوت الملك لكل واحد منهما في الكل فيثبت الشيوع ضرورة، **فإن تهايآ** فكل واحد منهم في نوبته كالعدل في حق الآخر، وهذا إذا كان مما لا يتجزأ فظاهر، وإن كان مما يتجزأ وجب أن يحبس كل واحد منهما النصف فإن دفع أحدهما كله إلى الآخر وجب أن يضمن الدافع عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما، وأصل المسألة الوديعة فيما إذا أودع عند رجلين شيئاً يقبل القسمة فدفع أحدهما كله إلى الآخر، فإن الدافع يضمن عنده خلافاً لهما.

قال رحمه الله: (والمضمون على كل حصة دينه) لأن كل واحد منهما يصير مستوفياً بالهلاك إذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فيقسم عليهما لأن الاستيفاء مما يقبل التجزئ.

قال رحمه الله: (**فإن قضى دين أحدهما فالكل رهن عند الآخر**) لأن كله محبوس بكل جزء من أجزاء الدين فلا يكون له استرداد شيء منه ما دام شيء من الدين باقياً كما إذا كان المرتهن واحداً، وكالمبيع إذا أدّى أحد المشتريين حصته أو مشتر واحد أدّى حصة بعض المبيع، **وإذا رهن رجلان** بدين عليهما رجلاً رهناً واحداً فهو جائز، والرهن رهن بكل الدين، وللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لأن قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع فصار هو نظير البائع وهما نظير المشتريين.

قال رحمه الله: (وبطل بينة كل واحد منهما على رجل أنه رهنه عبده وقبضه) معناه أن رجلاً في يده عبد فأقام رجلان بينة أنه رهنه العبد الذي في يده فهو باطل لأن كل واحد منهما أثبت ببينته أنه رهنه كل العبد فلا يصتور ذلك لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهناً لهذا وكله رهناً لهذا في حالة واحدة فيمتنع القضاء به لأحدهما لعدم الأولوية، ولا وجه إلى القضاء بالنصف لأنه يؤدّي إلى الشيوع فتعذر العمل بالبينتين فتهاترتا، ولا يمكن أن يقدر كأنهما ارتهاناه معاً استحساناً لجهالة التاريخ لأن ذلك يؤدي إلى العمل بخلاف ما إذا اقتضته الحجةلأن كلاً منهما أثبت

اثنين لأحدهما الثلثان وللآخر الثلث لم يجز وكذا في الخلاصة اهـ **قوله: (فإن تهايآ إلخ)** قال في الإيضاح: فإذا تهايآ فأمسك هذا يوماً والآخر يوماً، فإن كل واحد في اليوم الذي يمسك كالعدل في حق الآخر إذا هلك صار كل واحد منهما مستوفياً بقدر حقه لأن الاستيفاء مما يقبل الوصف بالتجزي اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (فإن قضى دين أحدهما فالكل رهن عند الآخر)** قال في الشامل: ولو قضى دين أحدهما ليس له أخذ شيء منه لما عرف أنه رهن عند كل واحد بتمامه، فإن هلك عنده بعدما قضى دينه يستردّ ما أعطاه كما لو كان واحداً اهـ إتقاني. **قوله: (وإذا رهن رجلان إلخ)** قال الإتقاني: وهذه المسألة ليست مذكورة في

بينته حبساً يكون وسيلة إلى تملك كل العبد بالاستيفاء، وبالقضاء يثبت حبس يكون وسيلة إلى تملك شطره بالاستيفاء فلا يكون عملاً على وفق الحجة فكان العمل بالقياس أولى لقوّة أثره المستتر، وهو أن كل واحد منهما يثبت الحق ببينة على حدة ولم يرض بمزاحمة الآخر بخلاف ما إذا ارتهنا جملة لأن العقد فيه من جانب الراهن واحد وهنا يثبت كل واحد منهما عقداً آخر والرهن بعقدين مختلفين لا يجوز، وبخلاف ما لو كان ذلك بعد موت الراهن على ما نبين من الفرق، فإذا وقع باطلاً فإذا هلك يهلك أمانة لأن الباطل لا حكم له هذا إذا لم يؤرّخا فإذا أرّخا كان صاحب التاريخ الأقدم أولى لأنه أثبته في وقت لا ينازعه فيه أحد، وكذا إذا كان الرهن في يد أحدهما كان صاحب اليد أولى لأن تمكنه من القبض دليل على سبقه كدعوى نكاح امرأة أو شراء عبد من واحد.

قال رحمه اللّه: (ولو مات راهنه والعبد في أيديهما فبرهن كل على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهناً بحقه) وهذا استحسان وهو قول أبي حنيفة ومحمد، وفي القياس هذا باطل وهو قول أبي يوسف رحمه اللّه لأن المقصود من الرهن الحبس للاستيفاء، وهو الحكم الأصلي لعقد الرهن فيكون الحكم به حكماً بعقد الرهن إذ لا يثبت الحكم بدون علته، وأنه باطل للشيوع كما في حالة الحياة، وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته وإنما يراد لحكمه، وحكمه في حالة الحياة الحبس والشائع لا يقبله وبعد الموت الاستيفاء بالبيع من ثمنه، والشائع/ يقبله فصار [٢١٨ ب/٣] كما إذا ادّعى رجلان نكاح امرأة أو ادّعت أختان أو خمس نسوة النكاح على رجل، **فإن البينتين** تهاترتا في حالة الحياة وقبلناها بعد الممات لأن حكمها في حالة الحياة ثبوت ملك النكاح، وهو لا يقبل الانقسام ولا الشركة وبعد الممات ثبوت ملك المال بالإرث وهو يقبل الشركة والانقسام، وقوله: والعبد في أيديهما وقع اتفاقاً حتى لو لم يكن العبد في أيديهما، وأثبت كل واحد فيه الرهن والقبض كان الحكم كذلك، ولهذا لم تذكر اليد في المسألة الأولى.

باب الرهن يوضع على يد عدل

قال رحمه اللّه: (وضعا الرهن على يد عدل صح) وقال زفر وابن أبي ليلى: لا

الجامع **قوله**: (**فالبينتان**) الذي بخط الشارح فإن البينتان اهـ

باب الرهن يوضع على يد عدل

لما ذكر حكم الرهن إذا كان في يد المرتهن ذكر حكمه إذا كان في يد العدل، وهو الذي يثق الراهن والمرتهن بكون الرهن في يده لأنه نائب عن المرتهن والنائب يقفو

يصح **لأن يد العدل** يد المالك، ولهذا يرجع عليه إذا استحق الرهن بعد الهلاك وبعدما ضمن العدل قيمته **بما ضمن** للمستحق فانعدم القبض، ولنا أن يده يد المالك في الحفظ لكون العين أمانة، وفي حق المالية يد المرتهن لأن يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة شخصين ليتحقق ما قصداه لأن كلاً منهما آمره فصارت يده كيدهما، ولهذا لا يكون لأحدهما أن يأخذه منه على الخصوص، ولو كانت يده يد أحدهما على الخصوص كان له أن يستردّه منه، ويجوز أن يجعل اليد الواحدة في حكم يدين، ألا ترى أن الساعي يده جعلت كيد الفقير ويد صاحب المال حتى إذا هلكت الزكاة في يده أجزأته، ولو قدم الزكاة قبل الحول فانتقص المال وتم الحول على الناقص يتم النصاب بما في يد الساعي كأنه في يد المالك فتجب عليه الزكاة، ولا يملك استرداده ولو لم يجعل كأنه في يد المالك لم يتم به النصاب، ولو لم تجعل يده كيد الفقير لملك استرداده، وإنما يرجع العدل على المالك بما ضمن للمستحق لأن هذا الضمان ضمان الغصب وذلك يتحقق بالنقل والتحويل، ووجد ذلك من العدل والراهن ولم يوجد من المرتهن فلا يجب عليه بخلاف ما إذا اتفق البائع والمشتري على وضع المبيع في يد عدل حيث يكون يده يد البائع فحسب لأن في جعله نائباً عن المشتري تغيير موجب العقد، فإن موجب عقد البيع أن تكون يد البائع على المبيع يد نفسه في حق العين والمالية جميعاً، لأنه ليس بنائب عن المشتري بوجه مّا ومتى قبض المشترى كانت يده يد نفسه ولا تكون يد البائع بوجه ما بل هي يد المشتري في حق العين والمالية، فإذا كان في جعله نائباً عنهما تغيير حكم البيع اعتبر نائباً عن البائع لأن اليد كانت له في الأصل ولا كذلك الرهن لأن عينه أمانة في يده بل في يد المرتهن أيضاً والمالية فيه هي المضمونة وهي حق المرتهن فأمكن أن يقوم شخص واحد مقامهما لاختلاف حقهما فيه وعدم تغيير موجبه.

قال رحمه اللّه: (ولا يأخذه أحدهما منه) أي من يد العدل لأنه تعلق به حقهما لأن حق الراهن تعلق في الحفظ بيده وأمانته وحق المرتهن في الاستيفاء فلا يملك كل واحد منهما إبطال حق الآخر.

قال رحمه اللّه: **(ويهلك في ضمان المرتهن)** لأن يده في حق المالية يد المرتهن والمالية هي المضمونة، ولو دفع العدل الرهن إلى أحدهما ضمن لأنه مودع الراهن في

المنوب اهـ إتقاني. **قوله: (لأن يد العدل إلخ)** ما أحسن قوله في الكافي لأن العدل نائب عن الراهن لا عن المرتهن، ولهذا لو لحقه ضمان بأن هلك في يده ثم استحقه رجل يرجع به على الراهن دون المرتهن، والرهن لا يتم بقبض الراهن وإن اتفقا عليه، فكذا بقبض العدل اهـ **قوله: (بما ضمن)** متعلق بقوله قبل يرجع اهـ **قوله في المتن: (ويهلك في ضمان المرتهن)**

حق العين ومودع المرتهن في حق المالية وكل منهما أجنبي عن الآخر، والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي، وإذا ضمن العدل قيمة الرهن بالتعدي فيه إما بإتلافه أو بدفعه إلى أحدهما **وأتلفه المدفوع إليه** لا يقدر العدل أن يجعل القيمة رهناً في يده، لأن القيمة واجبة فلو جعلها رهناً في يده **يصير قاضياً** ومقتضياً **وبينهما تناف**، ولكن يأخذانها منه ويجعلانها عنده أو عند غيره، وإن تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما الأمر إلى القاضي **ليفعل ذلك** / ، فإذ جعلت القيمة رهناً برأيهما أو برأي القاضي عند العدل [٢١٩/أ ٣/أ] الأوّل أو عند غيره ثم قضى الراهن الدين، فإن كان العدل ضمن القيمة بالدفع إلى الراهن فالقيمة سالمة للعدل يأخذها ممن هي عنده إن كانت عند غيره أو عنده لوصول المرهون إلى الراهن بالتسليم الأوّل إليه ووصول الدين إلى المرتهن بدفع الراهن إليه، **ولا يلزم منه** اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد، ولو أخذه الراهن لاجتمعا في ملك واحد وإن كان العدل ضمن الرهن بالدفع إلى المرتهن فالراهن يأخذ

قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي: وقبض العدل الرهن بمنزلة قبض المرتهن في حكم صحته، وضمانه بالدين إذا هلك بلغنا ذلك عن إبراهيم والشعبي وعطاء والحسن، وقال ابن أبي ليلى: إن هلك في يد العدل لم يبطل الدين، وإن مات الراهن والمرتهن أسوة الغرماء فيه وذلك لأنه لم يكن في يده فقد بطل الرهن، والحاصل أن الرهن هل ينعقد بوصف الصحة واللزوم بقبض العدل عندنا ينعقد، وعنده لا ينعقد، هو يقول: وجود الرهن بقبض المرتهن ولم يوجد لا حقيقة ولا تقديراً لأن العدل نائب عن الراهن لا عن المرتهن اهـ غاية.
قوله: (**وأتلفه المدفوع إليه**) أو تلف في يده اهـ كافي. **قوله**: (**يصير قاضياً**) أي ما وجب عليه بالضمان اهـ غاية. **قوله**: (**وبينهما تناف**) قال الإتقاني: للتنافي بين أن يكون الواحد مسلماً ومتسلماً اهـ **قوله**: (**ليفعل ذلك**) أي يأخذ القيمة الواجبة على العدل بالضمان منه ثم يضعه عنده رهناً اهـ (فرع) قال الإتقاني رحمه الله: وإن كان العدل رجلين والرهن مما لا يقسم فوضعاه عند أحدهما كان جائزاً ولا ضمان فيه لأنهما أتيا بالحفظ المطلوب منهما لأن حفظهما لا يأتي في مثل هذا إلا بالتهايؤ زماناً لأنه يتعذر عليهما اجتماعهما على حفظه آناء الليل والنهار فكان الحفظ الممكن منهما عادة، هذا وقد أتيا به وإن كان مما يقسم فاقتسماه كان عند كل واحد منهما نصفه لأنه لما أضاف الحفظ إليهما اقتضى هذا انقسام الحفظ عليهما، فكأنه قال: احفظا كل واحد منكما طائفة من العين فإن وضعاه عند أحدهما ضمن الذي وضع حصته عند صاحبه في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: لا ضمان عليه، وقد مر في كتاب الوديعة أنهما هل يملكان التهايؤ في الحفظ فيما يحتمل القسمة فعند أبي حنيفة لا يملكان، وعندهما يملكان والدلائل ذكرت ثمة ولكن يضمن كل واحد منهما بما دفع لا بما أخذ لأن كل واحد منهما مودع المودع فيما أخذ، ومودع المودع لا يضمن عند أبي حنيفة اهـ **قوله**: (**ولا يلزم منه**) أي من سلامتها

القيمة من العدل إن كانت عنده أو من غيره إن كانت عند غيره، لأن العين لو كانت قائمة أخذها ممن هي في يده إذا أدّى الدين فكذلك يأخذ ما قام مقامها، **ولا جمع فيه بين البدل والمبدل** في ملك واحد ثم هل للعدل أن يرجع على المرتهن بذلك ينظر إن كان دفعه إليه على وجه العارية أو على وجه الوديعة، وهلك في يد المرتهن لا يرجع وإن استهلكه المرتهن يرجع عليه لأن العدل بأداء الضمان ملك العين المرهونة وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه فلا يضمن المستعير ولا المودع إلا بالتعدي، **وكذا** إذا دفعه إليه بحقه بأن قال له: خذه بحقك أو احبسه بدينك لأنه دفع إليه على وجه الضمان.

قال رحمه اللّه: (فإن وكل المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيعه عند حلول الدين صح) لأن الراهن مالك فله أن يوكل من شاء من الأهل ببيع ما له معلقاً أو منجزاً لأن الوكالة يجوز تعليقها بالشرط لكونها من الإسقاطات لأن المانع من التصرف حق المالك وبالتسليط على بيعه أسقط حقه، والإسقاطات يجوز تعليقها بالشروط ولو أمر ببيعه صغيراً لا يعقل فباعه بعدما بلغ لا يصح عند أبي حنيفة، وقالا: يصح لقدرته عليه وقت الامتثال وهو يقول: إن أمره وقع باطلاً لعدم القدرة وقت الأمر فلا ينقلب جائزاً.

قال رحمه اللّه: (فإن شرطت في عقد الرهن **لم ينعزل بعزله** وبموت الراهن والمرتهن) **لأن الوكالة لما شرطت في** عقد الرهن **صارت وصفاً** من أوصافه وحقاً من حقوقه، ألا ترى أنها لزيادة الوثيقة **فتلزم بلزوم أصله** ولأنه تعلق به حق المرتهن، وفي العزل إبطال حقه وصار كالوكالة بالخصومة **بطلب المدّعي**، ولو وكله بالبيع مطلقاً

للعدل اهـ **قوله: (ولا جمع فيه بين البدل والمبدل إلخ)** لأن العين زالت عن ملك الراهن إلى العدل وبهذا يحترز عن المسألة الأولى فإن هناك لما قضى الراهن دينه لو أخذ القيمة من العدل كان جامعاً بين البدل والمبدل لأنه وصل إليه عين حقه وهو الرهن، وأما هنا فلا جمع بينهما اهـ **قوله: (وكذا)** أي يرجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن أو هلك اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (لم ينعزل بعزله)** أي بدون رضا المرتهن لأنهما إذا اتفقا على ذلك جاز اهـ إتقاني. **قوله: (لأن الوكالة لما شرطت إلخ)** سيأتي أن الوكالة غير المشروطة في العقد كالمشروطة فيه اهـ **قوله: (صارت وصفاً)** والحقوق الحبس والاستيفاء والوكالة والأوصاف اللزوم وخبر الوكيل على البيع إذا أبى، والبيع بالنسيئة وحق بيع الولد وحق صرف الدراهم بالدنانير اهـ إتقاني. **قوله: (فتلزم بلزوم أصله)** أي وهو الرهن اهـ وكتب ما نصه: لأن حكم التبع لا يفارق حكم الأصل والرهن لازم فكذا ما هو تبع له اهـ كافي. **قوله: (وصار كالوكالة بالخصومة)** أي من المدعى عليه اهـ كافي. **قوله: (بطلب المدّعى)** فإنه إذا

حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع بالنسيئة لم يعمل نهيه لأنه لازم بأصله **فكذا بوصفه**، وكذا لا ينعزل بالعزل الحكمي كموت الموكل وارتداده ولحوقه بدار الحرب لأن الرهن لا يبطل بموته، ولو بطل إنما كان يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدّم عليه كما يتقدّم على حق الراهن، بخلاف الوكالة المفردة حيث تبطل بالموت وينعزل بعزل الموكل لما عرف في موضعه، وهذه الوكالة تخالف المفردة من وجوه منها فيما ذكرنا، ومنها أن الوكيل هنا إذا امتنع من البيع يجبر عليه بخلاف الوكالة المفردة ومنها أن هذا يبيع الولد والأرش بخلاف المفردة، ومنها أنه إذا باع بخلاف جنس الدين **كان له أن يصرفه إلى جنس الدين** بخلاف المفردة، ومنها أن الرهن إذا كان عبداً وقتله عبدخطأ فدفع القاتل بالجناية **كان لهذا الوكيل أن يبيعه**، بخلاف المفردة وإنما لم ينعزل بعزل المرتهن لأنه لم يوكله فكان أجنبياً عنه بالنسبة إلى الوكالة وهوإذا عزله الموكل لا ينعزل فبعزل غيره أولى أن لا ينعزل.

قال رحمه اللّه: (**وللوكيل بيعه** بغيبة ورثة الراهن) كما كان له حال حياته أن يبيعه بغير حضوره.

قال رحمه اللّه: (وتبطل بموت الوكيل) حتى لا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لأن الوكالة لا يجري فيها الإرث، ولأن الموكل رضي برأيه **لا برأي غيره**، وعن أبي يوسف رحمه اللّه أن وصي الوكيل يملك بيعه لأن الوكالة لازمة هنا فيملك الوصي كالمضارب / إذا مات والمال عروض يملك وصي المضارب بيعها لما أنه لازم بعدما [٢١٩ب/٣]

أراد الموكل عزله بغير محضر من الخصم لم يصح ذلك دفعاً للضرر عنه لأنه تعلق به حق المدّعي اهـ كافي. **قوله**: (**فكذا بوصفه**) وهو الإطلاق حيث لم يتقيد بالنقد بالنهي عن النسيئة **قوله**: (**كموت الموكل**) وهو الراهن اهـ وكتب ما نصه قال في الكافي: وإن مات المرتهن فالوكيل على وكالته لأن التوكيل متى صار لازماً تبعاً للرهن لم ينعزل بموت الراهن ولا بموت المرتهن ولا بموتهما، كما لا يبطل الرهن بموت أحدهما ولا بموتهما اهـ **قوله**: (**وهذه الوكالة تخالف المفردة**) وهي التي لم تشرط في العقد اهـ **قوله**: (**كان له أن يصرفه إلى جنس الدين**) والوكيل المفرد إذا باع لا يصرفه إلى شيء آخر وهذا لأنه مأمور بقضاء الدين فلا بد أن يملك ما هو من ضروراته وجعل الثمن من جنس الدين من ضرورات قضاء الدين بخلاف الوكيل المفرد فإنه كما باع انتهت الوكالة اهـ غاية. **قوله**: (**كان لهذا الوكيل أن يبيعه**) وكذا إذا قتل الرهن فغرم القاتل قيمته، وهذا لأنه صار الرهن ما دفع عن العبد لأنه قام مقامه فتعلق به من الحق ما تعلق به اهـ غاية. **قوله في المتن**: (**وللوكيل بيعه إلخ**) لأنه لما ثبتت وكالته بعد موته لم يشترط حضرة ورثته ورضاهم اهـ كافي. **قوله**: (**لا برأي غيره**) ولكن الرهن على حاله لأن التسليط على البيع أمر زائد فيه فلا يبطل ببطلانه

صار عروضاً قلنا: الوكالة حق على الوكيل فلا يورث عنه لأن الإرث يجري في حق له لا في حق عليه فوجب القول ببطلانها بخلاف المضاربة لأنها حق المضارب فيورث عنه فيقوم الورثة مقامه فيه، ولأن المضارب له ولاية التوكيل في حياته فجاز أن يقوم وصيه مقامه بعد وفاته كالأب في مال الصغير، والوكيل ليس له حق التوكيل في حياته فلا يقوم غيره مقامه بعد موته، ولو أوصى إلى رجل ببيعه لم يصح **إلا إذا كان مشروطاً له في الوكالة** فيصح لأنه لازم بوصفه.

قال رحمه اللّه: (ولا يبيعه المرتهن أو الراهن إلا برضا الآخر) لأن كل واحد منهما له حق فيه، أمّا الراهن فملكه فلا بدّ من رضاه وأمّا المرتهن فلأنه أحق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع.

قال رحمه اللّه: (فإن حل الأجل وغاب الراهن أجبر الوكيل على بيعه كالوكيل بالخصومة من جهة المطلوب إذا غاب موكله أجبر عليها) لأن الوكالة بالشرط في عقد الرهن صارت وصفاً من أوصاف الرهن فلزمت كلزومه، ولأن حق المرتهن تعلق بالبيع، وفي الامتناع إبطال حقه **فيجبر عليه** كما في الوكيل بالخصومة إذا غاب موكله والجامع بينهما أن في الامتناع فيهما إبطال حقهما، **بخلاف الوكيل بالبيع** لأن الموكل يبيع بنفسه فلا يبطل حقه،أمّا المدّعي فلا يقدر على الدعوى على الغائب **والمرتهن لا يملك البيع بنفسه**، وكيفية الإجبار أن يحبسه القاضي أياماً ليبيع فإن لحّ بعد الحبس أياماً فالقاضي يبيعه عليه وهذا على أصلهما ظاهر، وأمّا على أصل أبي حنيفة

الرهن اهـ إتقاني. **قوله: (إلا إذا كان مشروطاً له في الوكالة)** بأن قال له في أصل الوكالة: وكلتك ببيع الرهن وأجزت لك ما صنعت فيه من شيء، فحينئذٍ يجوز لوصيه بيعه ولا يجوز لوصيه أن يوصي به إلى ثالث اهـ إتقاني بمعناه اهـ **قوله: (فيجبر عليه)** وكذلك رجلان بينهما خصومة فوكل المدعى عليه رجلاً بخصومته بطلب المدعي فغاب الموكل وأبى الوكيل أن يخاصمه، فإنه يجبر على الخصومة لأن المدعي إنما خلى سبيل الخصم اعتماداً على أن وكيله يخاصمه فلا يكون للوكيل أن يمتنع منه ويلحق الضرر بالمدعي لأن فيه إبطال حقه اهـ كافي. **قوله: (بخلاف الوكيل بالبيع)** أي لا يجبر لو امتنع عن البيع لأن الوكيل بالبيع إذا امتنع عن البيع لا يتضرر به الموكل اهـ كافي. وكتب ما نصه قال الحاكم الشهيد في الكافي: وليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط على بيعه لأنه مأمور بالحفظ فحسب وإن كان رهن على أنه مسلط على بيعه فأبى أن يبيعه فرفعه المرتهن إلى القاضي جبره القاضي على بيعه بعد أن تقوم البينة على خلافه، بخلاف سائر الوكلاء بالبيع فإنه لا يجبر لو امتنع، وذلك لأنه معين ولم يتعلق بهذه الإعانة حق، أما هذا فإنه معين تعلق حق الغير به فجاز أن يجبر عليه إيفاء لحق الغير لأنه قد التزم ذلك وصار نظير الكفالة اهـ إتقاني. **قوله: (والمرتهن**

رحمه اللّه فكذلك عند البعض لأنه تعين جهة لقضاء الدين هنا، ولأن بيع الرهن صار مستحقاً للمرتهن بخلاف سائر المواضع، وقيل: لا يبيع القاضي عنده كما لا يبيع مال المديون عنده لقضاء الدين، ثم إذا أجبره على البيع وباع لا يفسد هذا البيع بهذا الإجبار لأن هذ الإجبار وقع على قضاء الدين بأيّ طريق شاء حتى لو قضاه بغيره صح، وإنما البيع طريق من طرقه ولأنه إجبار بحق وبمثله لا يكون مكرهاً فلا يفسد اختياره به، ولو لم يكن التوكيل مشروطاً في عقد الرهن وإنما شرطاها بعده، قيل: لا يجبر لأن التوكيل لم يصر وصفاً من أوصاف الرهن فكانت مفردة كسائر الوكالات، وقيل: يجبر كيلا يتوى حقه وهذا أصح، حتى روي عن أبي يوسف رحمه اللّه أن الجواب في الفصلين واحد في أنه يجبر على البيع نصاً، وذكر محمد رحمه اللّه في الجامع الصغير، والأصل الإجبار مطلقاً من غير تفصيل بين أن تكون الوكالة مشروطة في عقد الرهن، أو لم تكن مشروطة فيه يدل على ذلك ولو باع العدل خرج من أن يكون رهناً والثمن قائم مقامه فيكون رهناً مكانه، وإن لم يقبضه بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضاً بجهة الرهن، وإذا توى كان من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون، وكذلك إذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لأن المالك يستحقه من حيث المالية، وإن كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فبقي عقد الرهن فيه، وكذلك لو قتله عبد فدفع به لأنه قائم مقام الأول لحماً ودماً فيكون رهناً مكانه.

قال رحمه اللّه: (وإن باعه العدل وأوفى مرتهنه ثمنه فاستحق الرهن وضمن فالعدل يضمن الراهن قيمته أو المرتهن ثمنه) وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا استحق إما أن يكون هالكاً أو قائماً ففي الوجه الأول المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن لأنه غاصب في حقه بالأخذ والتسليم، وإن شاء ضمن العدل لأنه متعدّ مثله بالبيع والتسليم فصار غاصباً بذلك، فإن ضمن الراهن نفذ البيع **وصح الاقتضاء** لأن الراهن يملكه بأداء الضمان مستنداً إلى وقت الغصب فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه، وإن ضمن المستحق العدل وهو البائع نفذ البيع أيضاً لأن/ العدل يملكه بأداء [٢٢٠/١ ٣] الضمان، ثم هو بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة بالغرور من جهته ونفذ البيع، لأن الراهن لما كان قرار الضمان عليه وضمنه ملك بأداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملكه فصح اقتضاء المرتهن فلا يرجع على الراهن بدينه، وإن شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن لأنه تبين أن الثمن أخذه بغير حق لأن العدل ملك العبد بأداء الضمان واستقر ملكه فيه،

لا يملك البيع بنفسه) أي لو امتنع العدل عن بيعه اهـ **قوله: (وصح الاقتضاء)** أي اقتضاء

ولم ينتقل إلى الراهن على تقدير أن لايرجع على الراهن بما ضمن ونفذ بيعه عليه لأنه المباشر فصار الثمن له لأنه بدل ملكه، وإنما أداه إلى المرتهن على حسبان أن المبيع ملك الراهن فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضياً به، **فله أن يرجع به عليه** وفي الوجه الثاني، وهو ما إذا كان قائماً في يد المشتري فللمستحق أن يأخذه من يده لأنه وجد عين ماله ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن لأنه العاقد فتتعلق به حقوق العقد، وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وإنما دفعه المشتري إليه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم إذا ضمن العدل الثمن للمشتري كان بالخيار **إن شاء رجع على الراهن بالقيمة** لأنه هو الذي أدخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه، وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن وسلم له المقبوض وبرئ الراهن عن الدين، وإن شاء العدل رجع على المرتهن لأن البيع انتقض بالاستحقاق فبطل الثمن وقد قبضه ثمناً فيجب عليه ردّه، ونقض قبضه ضرورة فإذا دفعه إلى العدل عاد حقه في الدين على الراهن، كما كان فيرجع به عليه ولو أن المشتري سلم الثمن بنفسه إلى المرتهن لم يرجع على العدل به لأن العدل في البيع عامل للراهن، وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض منه شيئاً فبقي ضمان الثمن على المرتهن والدين على الراهن على حاله، ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض المرتهن الثمن أو لم يقبض،لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا يرجع عليه كما في الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لأنها تعلق بها حق المرتهن فيكون البيع لحقه، هكذا ذكره الكرخي رحمه اللّه وهذا يؤيد قول: من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع، وقال شمس الأئمة السرخسي: هو ظاهر الرواية لأن رضا المرتهن بالرهن بدون التوكيل قد تم فكان التوكيل مستأنفاً لا في ضمن عقد الرهن فكان منفصلاً عنه ضرورة إلا أن فخر الإسلام وشيخ الإسلام، قالا: قول: من يرى جبر هذا الوكيل أصح لإطلاق محمد رحمه اللّه في الجامع الصغير، والأصل على ما بيناه فتكون الوكالة غير المشروطة في العقد كالمشروطة فيه في حق جميع ما ذكرنا من الأحكام هناك.

المرتهن اهـ وكتب ما نصه أي استيفاء المرتهن الثمن بدينه اهـ كافي. **قوله: (فله أن يرجع عليه)** وإذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه اهـ كافي. **قوله: (إن شاء رجع على الراهن بالقيمة)** تبع فيه صاحب الهداية، وقد قال بعض شارحيها: المراد بالقيمة الثمن اهـ وكتب على قوله بالقيمة ما نصه بالثمن اهـ كافي. **قوله: (فلأنه مغرور من جهة الراهن)** فإنه رهنه على أنه ملكه، وفي قبض المرتهن منفعة للراهن من وجه لأنه يستفيد به براءة الذمة عند هلاك الرهن والمغرور يرجع على الغار لما لحقه من الضمان كما يرجع

قال رحمه الله: (وإن مات الرهن عند المرتهن فاستحق وضمن الراهن قيمته مات بالدين وإن ضمن المرتهن رجع على الراهن بالقيمة وبدينه) والأصل فيه أن العبد المرهون إذا هلك في يد المرتهن ثم استحقه رجل كان المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن، وإن شاء ضمن المرتهن لأن كل واحد منهما متعدّ في حقه الراهن بالأخذ والتسليم والمرتهن بالقبض والتسليم، فإن ضمن الراهن صار المرتهن مستوفياً لدينه بهلاك الرهن عنده لأن الراهن ملكه بأداء الضمان مستنداً إلى ما قبل التسليم، فتبين أنه رهن ملك نفسه ثم صار المرتهن مستوفياً بهلاكه، وإن ضمن المرتهن يرجع بما ضمن من القيمة وبدينه على الراهن، أما بالقيمة **فلأنه مغرور من جهة الراهن،** وأما بالدين فلأنه انتقض اقتضاؤه/ فيعود حقه كما كان، فإن قيل: لما كان قرار [٢٢٠ب/٣] الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه فصار كما كان إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء، **قلنا: هذا طعن أبي خازم القاضي** والجواب عنه أن المرتهن يرجع على الراهن بسبب الغرور والغرور حصل بالتسليم إلى المرتهن فيملك الراهن العين من ذلك الوقت، وعقد الرهن كان سابقاً عليه فلم يتبين أنه رهن ملك نفسه بل ملك غيره فلا يكون المرتهن مستوفياً بملك الغير، ولأن الراهن يملك الرهن بالتلقي من المرتهن لأن المرتهن أولا يملكه بأداء الضمان ثم ينتقل إلى الراهن، كما في الوكيل بالشراء كأنّ المرتهن اشتراه من المستحق ثم باعه من الراهن، وإنما كان كذلك لأن المرتهن غاصب في حق المستحق فإذا ضمن تملك المضمون ضرورة كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد، ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن ينتقل إليه من جهته والمرتهن متعدّ بالقبض لأنه به صار غاصباً فيستند ملكه إليه، ثم الراهن يتلقاه منه فيكون ملكه بعده، وعقد الرهن سابق عليه فتبين أنه رهن ملك غيره فلا يكون

المستأجر على المؤجر والمودع على المودع اهـ كافي. **قوله: (قلنا: هذا طعن أبي خازم القاضي)** أي هذا السؤال طعن به أبو خازم على محمد في المسألة وأبو خازم بالخاء المعجمة، كذا في المغرب وهو أبو خازم عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفي أصله من البصرة وسكن بغداد وكان ثقة ديناً ورعاً عالماً بمذهب أهل العراق والفرائض والحساب والقسمة حسن العلم بالجبر والمقابلة وحساب الدور وغامض الوصايا والمناسخات قدوة في العلم، وكان أحذق الناس بعمل المحاضر والسجلات وكان أحد فقهاء الدنيا من أهل العراق وما كان يعلم أحد رآه أنه رأى أعقل منه، وقد أخذ العلم عن هلال بن يحيى وهو هلال الرأي البصري، وهلال أخذ عن أبي يوسف وزفر ومحمد وكان أبو خازم أستاذ أبي طالب الدباس وأقرانه وكان أبو خازم ولي القضاء بالشام والكوفة والكرخ من مدينة السلام

المرتهن مستوفياً بالهلاك، بخلاف المسألة الأولى وهي ما إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء لأنه يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك إليه فتبين أنه رهن ملك نفسه فيكون المرتهن مستوفياً بهلاكه.

باب الصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

قال رحمه الله: (ويوقف بيع الراهن على إجازة مرتهنه أو قضاء دينه) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ينفذ لأنه تصرف في ملكه فصار كالإعتاق، والصحيح ظاهر الرواية لأن الرهن تعلق به حق المرتهن، وفي البيع إبطال حقه فلا ينفذ إلا بإجازته لرضاه أو بقضاء الراهن دينه لزوال المانع **وهو تعلق حق المرتهن به**، وعدم القدرة على تسليمه وكونه متصرفاً في ملكه لا يمنع التوقف لحق غيره كمن باع ماله لوارثه أو أوصى له به أو لغيره بأكثر من الثلث، والقياس على الإعتاق غير جائز لأنه لا يقبل الردّ ولا الفسخ فكذا التوقف، فإذ نفذ البيع بإجازة المرتهن انتقل حقه إلى الثمن **فيكون محبوساً بالدين**، وعن أبي يوسف رحمه الله أن المرتهن إن شرط أن يكون الثمن رهناً عند الإجازة كان رهناً وإلا فلا لأنه بالإجازة نفذ البيع وملك الراهن الثمن، وأنه مال آخر ملكه بسبب جديد فلا يصير رهناً إلا بالشرط كما إذا آجره الراهن وأجاز المرتهن الإجار، لا تصير الأجرة رهناً إلا بالشرط وجه ظاهر الرواية وهو الصحيح أن الثمن قائم مقام ما تعلق به حقه، وهو بدل ما تعلق به حقه ومحل لحقه لأن حقه متعلق بالمالية، **وللبدل حكم المبدل** فوجب انتقال حقه إليه، كالعبد المدين إذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم إلى البدل من غير شرط لما ذكرنا ولا يسقط حقهم بالكلية لعدم رضاهم بذلك ظاهراً، والرضا بالبيع لا يدل على الرضا بسقوط الحق رأساً فيبقى الحق على حاله بخلاف ما ذكر فإن الأجرة ليست ببدل حقه لأن حقه في العين وهي بدل

ثم استقضاه الخليفة المعتضد بالله على الشرقية سنة ثلاث وثمانين ومائتين وتوفي أبو خازم في جمادى الأول سنة اثنتين وتسعين ومئتين اهـ غاية.

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

لما كان التصرف في الرهن بعد ثبوت الرهن، وكذلك الجناية على الرهن وجناية الرهن على غيره ذكره عقيب مسائل الرهن لأن كل ترتيب يجب طبعاً يجب وضعاً للمناسبة اهـ غاية. **قوله**: (**وهو تعلق حق المرتهن به**) والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من المحل اهـ هداية. **قوله**: (**فيكون محبوساً بالدين**) هو الصحيح واحترز بقوله: هو الصحيح عن رواية القاضي أبي خازم عن أبي يوسف اهـ إتقاني. قوله: عن رواية القاضي إلخ

المنفعة فلا ينتقل حقه إليها، وبخلاف ما إذا باع المالك العين المستأجرة فأجاز المستأجر البيع حيث لا ينتقل حقه إلى الثمن لأنه بدل العين وحقه إلى المنفعة فافترقا، وإن لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية ابن سماعة عن محمد رحمه اللّه حتى إذا افتكه الراهن لا سبيل للمشتري عليه لأن الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك فله أن يجيز وله أن يفسخ، وفي أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه، في المختصر هاهنا إشارة إليه حيث قال: يوقف على إجازة مرتهنه أو قضاء دينه جعل الإجازة إليه دون الفسخ وجعله/ متوقفاً على قضاء الدين، وهذا [٢٢١ /٣/١] دليل على أن فسخه لا ينفذ، ووجهه أن الامتناع لحقه كيلا يتضرر والتوقف لا يضره لأن حقه في الحبس لا يبطل بمجرد الانعقاد من غير نفوذ فبقي متوقفاً، ثم المشتري بالخيار إن شاء صبر حتى يفتك الراهن الرهن إذ العجز على شرف الزوال، **وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي**، وللقاضي أن يفسخ العقد لفوات القدرة على التسليم لأن ولاية الفسخ له لا إلى المشتري والبائع وهو الراهن فصار كالعبد المبيع إذا أبق قبل القبض فإن المشتري بالخيار إن شاء صبر حتى يرجع، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي، والإجارة مثل الرهن حتى لا ينفذ بيع المؤجر، ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه من آخر قبل أن يجيز المرتهن فالثاني موقوف أيضاً على إجازته، لأن الأوّل لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني **فأيهما أجاز** لزم ذلك وبطل الآخر، ولو باعه الراهن ثم أجره أو رهنه أو وهبه من غيره فأجاز المرتهن الإجارة أو الرهن أو الهبة جاز البيع الأوّل دون هذه العقود، والفرق أن المرتهن له منفعة في البيع لأن حقه يتحوّل إلى الثمن على ما بينا، وقد يكون أحد البيعين أنفع من الآخر فيعتبر تعيينه لتعلق الفائدة به، **أما هذه العقود فلا منفعة له فيها** لأن حقه لا ينتقل إلى الأجرة على التعاقب لما بينا، ولا بدل له في الرهن والهبة فكانت إجازته إسقاطاً لحقه فزال المانع فنفذ البيع كما لو باع المؤجر

وهي المذكورة هنا اهـ **قوله**: (**وللبدل حكم المبدل**) وحاصل الكلام هنا أن من تصرف في عين مملوك له، وقد تعلق به حق الغير فأجاز صاحب الحق تصرفه فهل يتعلق حقه ببدله، ينظر فإن كان ما وجب من البدل بدلاً عما تعلق به حقه يتعلق حقه بالبدل وإن كان ما وجب من البدل بدلاً عما لم يتعلق به حقه لا يتعلق حقه بالبدل اهـ إتقاني رحمه اللّه. **قوله**: (**وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي**) أي فيفسخ البيع اهـ غاية. **قوله**: (**حتى لا ينفذ بيع المؤجر**) بل يتوقف على إجازة المستأجر وليس للمستأجر الفسخ رواية واحدة كذا ذكر قاضيخان في آخر باب البيع الموقوف من فتاويه اهـ **قوله**: (**فأيهما أجاز إلخ**) قال الإتقاني: فأيهما أجاز المرتهن وسلمه إليه نفذ ذلك ويأخذ الثمن ويكون رهناً عنده اهـ **قوله**: (**أما هذه العقود فلا منفعة له فيها**) قال الشيخ أبو المعين: شرط في فصل الرهن والهبة تسليمه

العين المستأجرة من اثنين على التعاقب فأجاز المستأجر البيع الثاني نفذ الأوّل، لأنه لا نفع له في البيع إذ لا ينتقل حقه إلى البدل على ما بينا، فكانت إجازته إسقاطاً لحقه فنفذ الأوّل لزوال المانع.

قال رحمه اللّه: (ونفذ عتقه) أي نفذ إعتاق الراهن وهو أحد أقوال الشافعي رحمه اللّه، وفي قول: له لا ينفذ إذا كان المعتق معسراً، وفي قول آخر له: لا ينفذ إعتاقه سواء كان المعتق موسراً أو معسراً لأن في تنفيذه إبطال حق المرتهن فكان مردوداً كالبيع بل أولى، لأن البيع أسرع نفاذاً من العتق حتى ينفذ من المكاتب دون الإعتاق فكان أولى بالامتناع بخلاف إعتاق المستأجر **لأن الإجارة تبقى مدّتها** إذ الحر يقبلها، ولا يقبل الرهن وبخلاف ما إذا كان المعتق موسراً على تلك الرواية لأنه لا يبطل حقه في التضمين، ولنا أن العتق صدر من أهله مضافاً إلى محله وهو ملكه فوجب القول بنفاذه، ولا يلغو تصرفه لعدم إذن المرتهن **كما إذا أعتق** المبيع قبل القبض **أو الآبق أو المغصوب**، ثم إذا زال ملك الرهن في الرقبة بإعتاقه يزول ملك اليد للمرتهن بناء عليه كإعتاق العبد المشترك بل أولى، لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فإذا لم يمتنع الأعلى فالأدنى أولى أن لا يمتنع، ولا يصح القياس على البيع لأن امتناعه لعدم القدرة على التسليم وهو ليس بشرط في العتق، ولأن القياس لتعديه حكم الأصل إلى الفرع دون تغيره، وحكم الأصل هنا وقف ما يحتمل الردّ قبل تمامه ويحتمل الفسخ بعد تمامه، وهو في الفرع يبطل أصلاً ما لم يحتمل الفسخ والردّ ففسد القياس، ولا يلزمنا إعتاق الوارث العبد الموصي برقبته **إذا لم يكن له مال آخر** مع أنه أعتق ملكه لأنا نقول: يعتق عند أبي يوسف ومحمد رحمهما اللّه في الحال، وعند أبي حنيفة رحمه اللّه يؤخر إلى أداء السعاية على ما عرف في إعتاق العبد

العين إلى المرتهن الثاني والموهوب له مع الإجارة لأن هذين العقدين لا عبرة بهما بدون القبض، ولم يشترط ذلك مع الإجارة في فصل الإجارة لأن عقد الإجارة معتبر بدون القبض مفيد كالبيع سواء اهـ غاية. **قوله**: (**لأن الإجارة تبقى مدتها**) بالنصب أي تبقى الإجارة في مدة الإجارة اهـ غاية. **قوله**: (**كما إذا أعتق**) أي المشتري اهـ كافي. **قوله**: (**أو الآبق أو المغصوب**) وهذ لأن موجب الرهن ثبوت الاستيفاء للمرتهن أو حق البيع على اختلاف الأصلين، وشيء من ذلك لا ينافي ملك العين فتبقى العين على ملك الراهن والإعتاق يعتمد ملك العين دون اليد، فإن قيل: في تنفيذه إبطال حق المرتهن فلا ينفذ كالمبيع، قلنا: الثابت للراهن حقيقة الملك والثابت للمرتهن حق فقضية الحقيقة يستدعي النفاذ وقضية الحق يستدعي عدم النفاذ فرجحنا جانب الحقيقة على الحق لأنها أقوى اهـ كافي. **قوله**: (**إذا لم يكن له مال آخر**) أي فإنه لا ينفذ لحق الموصى له اهـ كافي بمعناه. **قوله في**

المشترك، ولم يكن عتقه لغواً وهو هنا جعله لغواً ولا يقال: المرهون كالخارج عن ملك الراهن بدليل أن المولى إذا أتلفه يجب عليه ضمانه فكذا لا ينفذ عتقه كأنه خرج عن ملكه لأنا نقول: وجوب الضمان عليه لا باعتبار أنه كالخارج عن ملكه بل باعتبار أنه أتلف المالية المشغولة بحق المرتهن كالمولى يتلف عبده المأذون له المدين، فإنه يضمن قيمته للغرماء مع بقاء ملكه فيه من كل وجه/، ولهذا تنفذ [٢٢١ب/٣] تصرفاته فيه ونفاذ البيع من المكاتب باعتبار أنه مندوب إلى التجارة كالعبد المأذون له لا لأنه مالك، وعدم نفاذ عتقه لعدم الملك.

قال رحمه اللّه: (**وطولب بدينه لو حالاً**) أي إذا كان الدين حالاً طولب الراهن بعد العتق بالدين معناه إذ كان موسراً لأنه لو طولب بالرهن كان له أن يأخذه بدينه إذا كان من جنس حقه فيكون إيفاء واستيفاء فلا فائدة فيه.

قال رحمه اللّه: (ولو مؤجلاً أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهناً مكانه) أي لو كان الدين مؤجلاً يؤخذ من المعتق قيمة العبد وتجعل رهناً مكان العبد يعني إذا كان موسراً لأن سبب الضمان قد تحقق منه، وفي التضمين فائدة وهي حصول الاستيثاق من الوجه الذي بيناه فيحبسها إلى حلول الأجل، فإذا حل اقتضاه بحقه إذا كان من جنسه لأن الغريم له أن يستوفي حقه من مال غريمه إذ ظفر بجنس حقه، وإن

المتن: (وطولب بدينه لو حالاً) قال في الكافي: ثم بعد ذلك إن كان الراهن موسراً والدين حالاً طولب بأداء الدين ولا يضمنه قيمته لأنه لا فائدة في تضمين القيمة مع حلول الدين لأنه لو ضمنه قيمته وهو من جنس حقه لوقع فعله استيفاء، فلم يكن في التضمين وأنه يقع استيفاء لعين حقه فائدة إلا إذا كان الدين من خلاف جنس القيمة اهـ وكتب ما نصه: فإن كان الراهن المعتق موسراً فلا شيء على العبد، وإن أعسر الراهن بعد ذلك قبل أن يؤدي المال فلا شيء على العبد من سعاية ولا غيرها، وإن كان الراهن يوم أعتق العبد معسراً كان للمرتهن أن يرجع بدينه إن شاء على الراهن، وإن شاء رجع على العبد فاستسعاه اهـ غاية. (فرع) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره: وإذا رهن الرجل عبداً يساوي ألف درهم بألف هي عليه إلى أجل أو يساوي خمسمائة ثم إن المولى أعتق العبد فالعبد حر، وقد خرج من الرهن فإن كان الراهن المعتق موسراً فلا شيء على العبد، وإن أعسر الراهن بعد ذلك قبل أن يؤدّي المال فلا شيء عليه من سعاية ولا غيرها، وإن كان الراهن يوم أعتق العبد معسراً كان للمرتهن أن يرجع بدينه إن شاء على الراهن، وإن شاء رجع على العبد فاستسعاه في الأقل من قيمته، ومن الدين فإن كانت قيمته أقل من الدين سعى في قيمته، وإن كان الدين أقل من قيمته سعى في الدين وكل شيء سعى فيه العبد من ذلك، كان له أن يرجع فيه على الراهن لأنه إنما أدّاه عنه إلى هنا لفظ الكرخي اهـ إتقاني رحمه اللّه. وإنما

كان فيه فضل ردّه لانتهاء حكم الرهن بالاستيفاء، وإن كان أقل من حقه رجع عليه بالزيادة لعدم ما يسقطه.

قال رحمه اللّه: (ولو معسراً سعى العبد في الأقل من قيمته ومن الدين) لأن حق المرتهن كان متعلقاً به وسلمت له رقبته، فإذا تعذر الرجوع على المعتق لعسرته رجع عليه لأنه هو المنتفع بهذا العتق كما في عتق أحد الشريكين العبد المشترك إذ الضمان بالخراج والغرم بالغنم ثم يقضي بالسعاية الدين إن كان من جنس حقه، وكان الدين حالاً وإن لم يكن من جنس حقه صرف بجنسه فيقضي به الدين، وإن كان الدين مؤجلاً كانت السعاية رهناً عنده، فإذا حل الدين قضى به الدين على نحو ما ذكرنا في الحال، وكيفية ذلك أن ينظر إلى قيمة العبد يوم العتق وإلى قيمته يوم الرهن وإلى الدين فيستسعى في الأقل منها.

قال رحمه اللّه: (ويرجع به على سيده) أي يرجع العبد بالسعاية على مولاه إذا أيسر لأنه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فلم يكن متبرعاً فيرجع عليه بما تحمل عنه **فصار كمعير الرهن، بخلاف المستسعى** في الإعتاق لأنه يؤدّي ضماناً واجباً عليه لأنه يسعى لتحصيل العتق عند أبي حنيفة رحمه اللّه ولتكميله عندهما، وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام إعتاقه فافترقا، ولأن حق المرتهن في استيفاء الدين من الرقبة كان ثابتاً، فإذ حصلت الرقبة للعبد ولم يقدر على أخذ بدلها من الراهن ضمنها العبد كالمريض إذا أعتق عبده في مرضه وعليه دين ولا مال له غيره يسعى العبد في قيمته كذا هذا، ثم أبو حنيفة رحمه اللّه أوَجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والإعسار، وفي العبد المرهون شرط الإعسار لأن الثابت للمرتهن حق الملك والثابت للشريك حقيقة الملك وحق الملك أدنى من حقيقته فوجبت السعاية فيه في حالة واحدة وهي حالة الضرورة، وفي الأعلى في الحالتين إظهاراً للتفاوت بينهما، بخلاف المبيع إذا أعتقه المشتري قبل القبض **حيث لا يسعى للبائع** في الرواية الظاهرة وفي المرهون يسعى لأن حق البائع في الحبس

ضمن الأقل لأن الدين إذا كان أقل من قيمته فلا حق للمرتهن إلا فيه، وإذا كانت القيمة الأقل لم يسلم للعبد أكثر من ذلك فلا يضمن ما لم يسلم له اهـ إتقاني. **قوله: (فصار كمعير الرهن)** يعني أن الراهن بالاستعارة إذا عجز عن فكاك الرهن فافتكه المعير رجع بذلك على الراهن المستعير لأنه قضى دينه مضطراً اهـ إتقاني. **قوله: (بخلاف المستسعى)** يعني العبد المشترك بين اثنين إذا أعتق أحدهما نصيبه فاستسعاه الساكت لا يرجع بما سمى على المعتق اهـ **قوله: (حيث لا يسعى للبائع)** في الرواية الظاهرة، وعن أبي يوسف أنه يسعى في قيمته للبائع ثم يرجع به على المشتري كالمرهون إذا أعتقه الراهن اهـ كافي. **قوله:**

ضعيف لأن البائع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفي من عينه، وكذا يبطل حقه في الحبس بالإعارة من المشتري **والمرتهن ينقلب حقه ملكاً** ولا يبطل حقه بالإعارة من الراهن حيث تمكن من الاسترداد فلو أوجبنا السعاية فيهما لسوّينا بين الحقين مع وجود الفارق وذلك لا يجوز، ولو أقر المولى برهن عبده بأن قال: له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية عندنا خلافاً لزفر رحمه اللّه، هو يعتبره بإقراره بعد العتق ونحن نقول: أقر بتعلق الحق في حالة تملك التعليق بأداء السعاية لقيام ملكه فيصبح بخلاف ما بعد العتق لأنه حال انقطاع الولاية، ولو دبر الراهن صح بالاتفاق **أما عندنا فظاهر، وكذا عنده** لأن التدبير لا يمنع ما هو حكم الرهن عنده وهو البيع وكذا لو استولدها صح الاستيلاد بالاتفاق، لأن الاستيلاد يثبت/ بثبوت حق [٢٢٢ أ/٣] التملك كما في جارية الابن وبحقيقة الملك أولى، **ثم إذا صحا** خرجا عن الرهن لبطلان المحلية إذ لا يصح استيفاء الدين منهما، ثم إن كان الراهن موسراً ضمن قيمتهما على التفصيل الذي ذكرنا في الإعتاق، وإن كان معسراً استسعاهما المرتهن في جميع الدين لأن كسبهما مال المولى، بخلاف المعتق حيث يسعى في الأقل من الدين ومن القيمة لأن كسبه حق نفسه، ولم يحبس عنده إلا قدر القيمة فلا يزاد عليه، وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان على المولى بما أدياه بعد يساره، لأنهما أدّياه من ملك المولى والمعتق يرجع لأنه أدّى من ملك نفسه وهو مضطر فيه على مامر، وقيل: إذا كان مؤجلاً يسعيان في قيمتهما قناً لأنه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر المعوض، ألا ترى أن الراهن بنفسه إذا كان موسراً لا يضمن فيما إذا كان مؤجلاً أكثر من قيمته بخلاف ما إذا كان حالاً **لأنه يقضي به** الدين لأن كسبهما ملك المولى، وقد قدر على أداء الدين بكسبهما، ولو كان قادراً على

(والمرتهن ينقلب حقه ملكاً) كما إذا هلك الرهن عند المرتهن يهلك بدينه مضموناً بالأقل من قيمته ومن الدين فيكون المرتهن مالكاً لذلك الأقل من مالية الرهن اهـ غاية. **قوله: (أما عندنا فظاهر)** وهو أن التدبير يوجب حق العتق له، وإذا كان لا يمتنع حقية العتق لحق المرتهن فحق العتق أولى اهـ غاية. **قوله: (وكذا عنده)** أي عند الشافعي اهـ **قوله: (ثم إذا صحا)** أي التدبير والاستيلاد خرجا أي المدبر وأم الولد اهـ وكتب ما نصه: وأما السعاية في المدبر فهي المخالفة للسعاية في المعتق من ثلاثة أوجه أحدها أن المدبر يسعى مع يسار المولى لكون إكسابه على ملكه فجاز لصاحب الدين أن يستوفي منها كما جاز أن يستوفي من سائر أموال الراهن، والثاني أن يسعى في الدين بالغاً ما بلغ، لأن أكسابه ملك لمولاه ودين الإنسان إذا قضى من ماله لم يقض بعضه دون بعض، وليس كذلك المعتق لأن كسبه لنفسه، وإنما لزمه أن يسعى في قدر ما سلم له، والثالث أن المدبر لا يرجع على

أدائه بمال آخر أمر بقضائه كله منه فكذا إذا قدر بكسبهما، ولو أعتقهما الراهن لم يسعيا إلا بقدر القيمة **سواء أعتقهما بعد القضاء عليهما** أو قبله لأن كسبهما بعد العتق ملكهما، وما أدياه قبل العتق لا يرجعان به على المولى لأنه مال المولى، ولو أقر على عبده بدين الاستهلاك **وهو ينكره** سعى في قيمته منذ عتق **لأنه لا ولاية له** على ماليته **فيصح** بقدر المالية، **ولو قتله** عبد قيمته مائة درهم ودفع به ثم أعتقه سعى في مائة لقيامه مقام الأول.

قال رحمه اللّه: (وإتلاف الراهن كإعتاقه) أي إذا أتلف الراهن الرهن فهو كما لو أعتقه حتى يجب عليه ضمان قيمته لأنه حق محترم مضمون عليه بالإتلاف ثم الضمان يكون رهناً في يد المرتهن لقيامه مقام العين.

قال رحمه اللّه: (وإن أتلفه أجنبي فالمرتهن يضمنه قيمته ويكون رهناً عنده) أي **المرتهن هو الخصم في تضمينه قيمته** ثم تكون القيمة رهناً عنده لأنه أحق بعين الرهن حال قيامه، فكذا في استرداد ما قام مقامه، والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك باستهلاكه بخلاف ضمانه على المرتهن **فإنه يعتبر قيمته يوم القبض** حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك خمسمائة، ويوم الارتهان ألفاً غرم خمسمائة وكانت رهناً وسقط من الدين خمسمائة لأن المعتبر في ضمان الرهن **يوم قبضه** لأنه به دخل في ضمانه لأنه قبض استيفاء إلا أنه يتقرر عند الهلاك، ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل ضمن قيمته لأنه أتلف مال الغير، **وكانت رهناً في يده حتى يحل** الأجل لأن الضمان بدل العين فأخذ حكمه، ولو حل الدين والمضمون من جنس حقه استوفى المرتهن منه دينه ورد الفضل على الراهن إن كان فيه فضل، وإن كان دينه

مولاه والمعتق يرجع اهـ غاية. **قوله**: (**لأنه يقضي به**) أي بالسعاية اهـ **قوله**: (**سواء أعتقهما بعد القضاء عليهما**) أي بالسعاية اهـ **قوله**: (**وهو ينكره**) أي ثم أعتقه وهو معسر اهـ **قوله**: (**لأنه لا ولاية له إلخ**) ينبغي أن يقول: لأن له ولاية ماليته فيصبح بقدر المالية اهـ قارئ الهداية. **قوله**: (**فيصح**) أي فيصح إقرار السيد فيما لا ولاية للعبد فيه والولاية للسيد في المالية اهـ **قوله**: (**ولو قتله**) أي العبد المقر عليه بالدين اهـ **قوله**: (**المرتهن هو الخصم في تضمينه قيمته**) قال الإتقاني عند قوله في الهداية: والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك أي الواجب من الضمان على المستهلك الأجنبي قيمة الرهن يوم الاستهلاك لا قيمته يوم قبض الرهن، واحترز بهذا عن استهلاك المرتهن حيث يجب عليه قيمته يوم قبض، وكذلك إذا هلك بدون الاستهلاك يعتبر قيمته يوم القبض لا يوم الهلاك. **قوله**: (**فإنه يعتبر قيمته يوم القبض**) وسواء في ذلك الهلاك والاستهلاك اهـ **قوله**: (**يوم قبضه**) بالرفع خبر إن اهـ **قوله**: (**وكانت رهناً في يده حتى يحل**) بضم الحاء وكسرها جميعاً اهـ غاية. **قوله**:

أكثر من قيمته رجع بالفضل، وإن نقصت القيمة بتراجع السعر إلى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم القبض ألفاً وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لأن ما انتقص كالهالك وسقط من الدين بقدره، وتعتبر قيمته يوم القبض **فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر** ووجب عليه الباقي بالإتلاف وهو قيمته يوم التلف، **كذا ذكر صاحب الهداية** وغيره وهو مشكل **فإن النقصان بتراجع السعر إذا لم يكن مضموناً** عليه ولا معتبراً فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالإتلاف، وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى سقط من الدين بقدره، وهو لم ينتقص إلا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب أن لا يسقط بمقابلته شيء من الدين.

قال رحمه الله: (وخرج من ضمانه بإعارته من راهنه) أي بإعارة المرتهن الرهن من راهنه يخرج من ضمان المرتهن لأن الضمان، كان باعتبار قبضه وقد انتقص بالرد إلى صاحبه فارتفع الضمان لارتفاع المقتضي له ولا يكون مضموناً على صاحبه، لأن الاسترداد بإذنه.

قال رحمه الله: (فلو هلك في يد الراهن هلك مجاناً) **لارتفاع/ القبض الموجب للضمان** على ما بينا. [٢٢٢ب/٣]

قال رحمه الله: (وبرجوعه عاد ضمانه) أي برجوع الرهن إلى يد المرتهن عاد

(فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر) أي الذي انتقص من الرهن من قيمته يوم القبض مضمون على المرتهن بقبض الرهن الذي سبق الاستهلاك وليس بمضمون بتراجع السعر، فذلك سقط من الدين بقدر الناقص وهذا جواب سؤال بأن يقال: لو سقط الدين بقدر الناقص كان الرهن مضموناً على المرتهن بتراجع السعر وليس لتراجع السعر أثر في إسقاط شيء من الدين كما إذا ردّه إلى الراهن بعد انتقاص قيمته بتراجع السعر فأجاب عنه وقال: إنه مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر وتحقيق الجواب ما قال القدوري وقد مر آنفاً اهـ إتقاني. **قوله: (كذا ذكر صاحب الهداية)** صاحب الهداية يقول: هو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر فكيف يستشكل الشارح رحمه الله اهـ **قوله: (فإن النقصان بتراجع السعر إذا لم يكن مضموناً إلخ)** يقال عليه: إنما لم يكن مضموناً حال قيام العين، أما حال الإتلاف فهو مضمون لأن به يملك العين بالقبض السابق، قال القدوري رحمه الله في شرحه لمختصر الكرخي ما نصه: ولا يقال إن نقصان السعر في الرهن ليس بمضمون لأنه يضمن مع بقاء عين الرهن، فأما إذ تلفت العين فالضمان متعلق بقبضها كأنه استوفى مقدار قيمتها يوم القبض اهـ وحينئذٍ فلا إشكال والله الموفق اهـ كاتبه. وكتب ما نصه: إنما لم يكن مضموناً عليه حال بقاء العين لأنه يمكن أن يرجع إلى قيمته، وأما بعد الهلاك فهو في ضمانه اهـ **قوله: (لارتفاع القبض الموجب للضمان)** ولأنه تلف في يد مالكه فلا يجب

الضمان حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب للضمان، وللمرتهن أن يسترده إلى يده لأنّ عقد الرهن باقٍ إلا في حكم الضمان في هذه الحالة، ولهذا لو مات الراهن قبل أن يسترده كان المرتهن أحق به من بين سائر غرمائه لأن يد العارية ليست بلازمة، والضمان ليس من لوازم الرهن لأنه قد ينفك عنه، ألا ترى أن ولد الرهن رهن وليس بمضمون.

قال رحمه الله: (**ولو أعاره أحدهما أجنبياً** بإذن الآخر سقط الضمان) لما بينا.

قال رحمه الله: (ولكل أن يرده رهناً) لأن كل واحد منهما فيه حقاً محترماً إذ هو باقٍ على الرهينة لبقاء عقد الرهن على ما بينا **بخلاف الإجارة والبيع والهبة من المرتهن**، أو من أجنبي إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج عن الرهن ثم لا يعود إلا بعقد مبتدأ، **ولو مات الراهن** قبل أن يرهنه ثانياً كان المرتهن أسوة الغرماء لأن الرهن تعلق به حق محترم لازم لهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن، ولا كذلك العارية لأنها لم يتعلق بها حق لازم، والإيداع من أحدهما بإذن الآخر كالإعارة لأنه غير لازم كالعارية والرهن كالإجارة لأنها لازمة، وبيع المرتهن الرهن وإجارته وهبته من الراهن كالإعارة لأن هذه العقود لا تلزم في حقه، لأن ملكه باقٍ فيه فتبطل به هذه

ضمانه على غيره اهـ غاية. **قوله في المتن: (ولو أعاره أحدهما أجنبياً)** قيد بالأجنبي لأنه لو أعاره للراهن أو أجره منه أو أودعه عنده كان للمرتهن أن يسترده، والإجارة باطلة كذا في فتاوى قاضيخان وغيره اهـ كاكي. **قوله: (بخلاف الإجارة والبيع والهبة من المرتهن)** يعني إذا باع الراهن الرهن من المرتهن أو أجره أو وهبه منه صح ويخرج عن الرهن بذلك ولا يعود إلا بعقد جديد، وهذا كما ترى صريح في جواز الإجارة من المرتهن، وقد قال الإتقاني رحمه الله نقلاً عن شرح الطحاوي للإسبيجابي ما نصه: وكذلك لو استأجره المرتهن صحت الإجارة، وبطل الرهن إذا جدّد القبض للإجارة، ولو هلك في يده قبل انقضاء مدة الإجارة أو بعد انقضائها ولم يحبسه عن الراهن هلك أمانة، ولا يذهب بهلاكه شيء من الدين، ولو حبسه من الراهن بعد انقضاء مدة الإجارة صار غاضباً اهـ وهو يؤيد ما ذكره الشارح من جواز إجارة الراهن الرهن من المرتهن، وفي معراج الدراية ولو أجره الراهن من المرتهن كانت الإجارة باطلة وهو بمنزلة ما لو أعاره أو أودعه وفي الإيضاح أجره من المرتهن خرج من الرهن، ولم يعد إلى الرهن أبداً لأن الإجارة عقد لازم فإذا لزم العقد انتفى الرهن اهـ وقال الولوالجي رحمه الله: ولو أجر الراهن من المرتهن بطل الرهن لأن الإجارة عقد لازم لا ينفذ على المرتهن إلا بعد انتقاض الرهن، وكذلك الراهن إذا آجره من إنسان آخر وأجازه المرتهن، أو آجره المرتهن فأجازه الراهن يبطل الرهن اهـ **قوله: (ولو مات الراهن إلخ)** يعني فيما إذا باشر أحدهما الإجارة أو البيع أو الهبة ومات الراهن قبل وصول العين المرهونة إلى

العقود، ولوأذن الراهن للمرتهن بالاستعمال أو أعاره للعمل فهلك قبل أن يأخذ في العمل هلك بالدين لبقاء عقد الرهن واليد والضمان، وكذا إذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد الأمانة بالفراغ، ولو هلك في حالة العمل هلك أمانة لثبوت يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان، **ولو اختلفا** في وقت الهلاك فادّعى المرتهن أنه هلك حالة العمل وادّعى الراهن أنه هلك في غير حالة العمل، كان القول قول المرتهن لأنه منكر والبينة بينة الراهن لأنه مدّعٍ.

قال رحمه الله: (وإن استعار ثوباً ليرهنه صح) لأنه متبرع بإثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع بإثبات ملك العين واليد **وهو قضاء الدين بماله**، ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتاً للمرتهن كما ينفصل في حق البائع زوالاً **لأن البيع** يزيل الملك دون اليد، ثم يكون رهناً بما رهنه به قليلاً كان أو كثيراً، إذ أطلق ولم يقيده بشيء لأن الإطلاق يجب اعتباره خصوصاً في العارية لأن الجهالة فيها غير مفسدة لكونها لا تفضي إلى المنازعة.

قال رحمه الله: (ولو عين قدراً أو جنساً أو بلداً فخالف ضمن المعير المستعير أو المرتهن) أي **لو عين المعير** قدر ما يرهنه به أو جنسه أو البلد الذي يرهنه فيه فخالف، كان للمعير الخيار إن شاء ضمن المستعير قيمته، وإن شاء ضمن المرتهن لأن كل واحد منهما متعدٍّ في حقه فصار الراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب، وإنما كان كذلك **لأن التقييد** مفيد وهو ينفي الزيادة لأن غرضه الاحتباس

المرتهن كان المرتهن أسوة الغرماء لأن هذه العقود لازمة فبطل بها عقد الرهن فكان المرتهن وسائر الغرماء سواء بخلاف ما إذا أعاره أحدهما بإذن الآخر فمات الراهن قبل الردّ إلى المرتهن حيث كان المرتهن أخص به من سائر الغرماء، لأن الإعارة ليست بعقد لازم فلم يبطل بها الرهن، وإذا بطل الرهن بالعقود المذكورة ثم انفسخت لم يعد الرهن إلابعقد جديد وقبض لأنه انفسخ بطريان ما يوجب الاستحقاق اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله: (ولو اختلفا إلخ)** كذا في فتاوى قاضيخان اهـ **قوله: (وهو قضاء الدين بماله)** أي بمال غير المديون وهو الشخص المتبرع اهـ **قوله: (لأن البيع) أي قبل القبض** اهـ **قوله: (لو عين المعير إلخ)** كان ضامناً قيمة الثوب المستعار للرهن إن هلك في يد المرتهن لأنه تصرف في ملكه على وجه لم يأذن له فيه فصار غاصباً، قال الكرخي في مختصره: وللمعير أن يأخذه من يد المرتهن، ويفسخ الرهن فيه إذا كان معلوماً أنه عارية من صاحبه، وذلك لأنه لما لم يأذن له في هذا الرهن صار كأنه رهن ملكه بغير أمره فله أن يأخذه من يد المرتهن اهـ غاية. (فرع) كثير الوقوع قال في الخلاصة: وللمرتهن أن يبيع ما يخاف عليه الفساد بإذن الحاكم ويكون ثمنه رهناً عنده اهـ وإن باع بغير أمر القاضي كان ضامناً اهـ قاضيخان. **قوله: (لأن التقييد)**

بما تيسر أداؤه، وينفي النقصان أيضاً لأن غرضه أن يصير مستوفياً للأكثر بمقابلته عند الهلاك **ليرجع عليه** بالكثير والنقصان يمنع من ذلك فيكون متعدّياً فيضمن إلا إذا عين له أكثر من قيمته، فرهنه بأقل من ذلك بمثل قيمته أو أكثر فإنه **لا يضمن** لأنه خلاف إلى خير لأن غرضه من الرجوع عليه بالكثير حاصل بذلك مع تيسر أدائه لأنه لا يرجع إلا بقدر القيمة، لأن الاستيفاء لم يقع إلا به فتعيينه أكثر من قيمته غير مفيد في حقه بل فيه ضرر عليه لتعسر أدئه، وكذلك التقييد بالجنس والشخص والبلد لأن كل ذلك مفيد لتيسر بعض الأجناس في التحصيل دون بعض، وتفاوت الأشخاص والبلدان في الحفظ والأمانة فيضمن بالمخالفة، **ثم إن ضمن المستعير تم عقد الرهن** بينه/ [٢٢٣/أ/٣] وبين المرتهن لأنه ملكه بأداء الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه، وإن ضمن المرتهن رجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن على ما بيناه في الاستحقاق.

قال رحمه اللّه: (**وإن وافق وهلك عند المرتهن** صار مستوفياً ووجب مثله للمعير على المستعير) لأن قبض الرهن قبض استيفاء وبالهلاك يتم الاستيفاء فسقط الدين عن الراهن ويضمن للمعير قيمته لأنه قضى بذلك القدر دينه إن كان كله مضموناً، وإلا يضمن قدر المضمون والباقي أمانة وهذا ظاهر، وكذا لو نقصت قيمة الرهن بعيب أصابه **يذهب من الدين بحسابه** ويرجع المعير بذلك على الراهن لما ذكرنا.

قال رحمه اللّه: (ولو افتكه المعير لا يمتنع المرتهن إن قضى دينه) لأن المعير غير متبرع بقضاء الدين لما فيه من تخليص ملكه ولهذا يرجع على الراهن فصار أداؤه كأداء الراهن فيجبر المرتهن على القبول، بخلاف ما إذا قضى الأجنبي الدين لأنه متبرع إذ لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب أن لا يقبله ثم يرجع المعير على الراهن بما أدّى لما ذكرنا أنه غير متبرع بل هو مضطر فيه وذكر في

أي تقييد المعير بقدر معين اهـ **قوله**: (**بما تيسر أداؤه**) أي عند الاحتياج إلى فكاكه اهـ **قوله**: (**ليرجع عليه**) أي على المستعير اهـ **قوله**: (**لا يضمن**) أي الزيادة على القيمة اهـ **قوله**: (**ثم إن ضمن المستعير ثم عقد الرهن إلخ**) لي فيه نظر لأن الملك فيه لم يستند إلى وقت القبض ، إذ القبض كان بإذن المالك وإنما يستند إلى وقت المخالفة وهو التسليم إلى المرتهن وعقد الرهن كان قبله فيقتصر ملكه على وقت التسليم، فلم يتبين أنه رهن ملكه لأن ملكه بعد عقد الرهن اهـ قارئ الهداية. **قوله في المتن**: (**وإن وافق وهلك عند المرتهن إلخ**) قال الحاكم الشهيد في الكافي: وإذا استعار الرجل من الرجل ثوباً ليرهنه بعشرة فرهنه بعشرة وقيمة الثوب عشرة أو أكثر فهلك عند المرتهن بطل المال عن الراهن، ووجب مثلها لرب الثوب على الراهن لأنه في ضمن اقتضاء المرتهن صار المعير مقرضاً مثله من الراهن ويرجع بمثله عليه اهـ إتقاني. **قوله**: (**يذهب من الدين بحسابه**) أي بقدر حصة العيب اهـ

النهاية أنه إذا افتكه بأكثر من قيمته بأن كان الدين المرهون به أكثر **لا يرجع بالزائد على قيمته**، وهذا مشكل لأن تخليص الرهن لا يحصل بإيفاء بعض الدين فكان مضطراً، وباعتبار الاضطرار ثبت له حق الرجوع فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرر، وهذا لأن غرضه تخليصه لينتفع به، ولا يحصل ذلك إلا بأداء الدين كله إذ للمرتهن أن يحبسه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه، ولو هلك الرهن المستعار عند الراهن قبل أن يرهنه أو بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لأنه لم يصر قاضياً دينه به وهو الموجب للضمان على ما بينا، **ولو اختلفا في ذلك** كان القول: قول الراهن، لأنه ينكر الإيفاء بماله والرجوع عليه باعتبار الإيفاء عنه، ولا يقال: الظاهر يشهد للمعير لأن سبب الضمان قد وجد بالرهن والراهن يدّعي فسخه فوجب أن يكون القول للمعير لأنا نقول: الرهن لا يوجب الضمان، وإنما يوجبه الإيفاء به ولهذا يتقدر بقدره، ولو كان الرهن يوجبه لضمن كله، ولو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به كان القول للمعير لأنه لو أنكر الأصل كان القول له فكذا في إنكاره الوصف، ولو رهنه المستعير بدين موعود فهلك في يد المرتهن قبل الإقراض وقيمته والمسمى سواء ضمن قدر الموعود لما عرف أنه كالموجود، ويرجع المعير على الراهن بمثله لأن سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامة براءة ذمته عنه، ولو كانت العارية عبداً فأعتقه المعير جاز لقيام ملكه في الرقبة، ثم المرتهن بالخيار إن شاء رجع بالدين على الراهن لأنه لم يستوفه، وإن شاء ضمن المعير قيمته لأن حقه قد تعلق برقبته، وقد أتلفه بالإعتاق فتكون القيمة رهناً عنده إلى أن يقبض دينه فيردّ إلى المعير لأن القيمة قائمة مقام العين فأخذت حكم العين، ولو استعار عبداً أو دابة ليرهنه فاستعمله قبل أن يرهنه ثم رهنه ثم قضى المال فلم يقبضه حتى هلك عند المرتهن صار المرتهن مستوفياً لدينه به وردّ على الراهن ماقبضه لحصول الاستيفاء بالرهن، وضمن الراهن للمعير قدر ما صار به موفياً دينه لأنه لما رهنه أزال التعدّي وقد برئت ذمته عن ضمان الغصب لأنه أمين خالف، ثم عاد إلى الوفاق فصار حكمه حكم الرهن، ولو

غاية. **قوله: (لا يرجع بالزائد على قيمته)** بيانه إذا أعاره عبداً قيمته مائة وأذن له أن يرهنه بمائتين فافتكه المعير بمائتين رجع بمائة لأن العبد لو هلك في يد المرتهن صار مستوفياً لهذا القدر، ولم يكن للمعير أن يرجع بأكثر منه فكذا إذا قضى بنفسه لم يرجع بأكثر منه ويكون متطوّعاً في الزيادة التي قضاها، ولا يقال: إنه لا يتوصل إلى خلاص عبده إلا بقضاء الجميع فلا يكون متبرعاً في الزيادة لأن استيفاء المرتهن بالهلاك كاستيفائه بالمباشرة فلا يرجع المعير إذا وفى بالمباشرة إلا بما يرجع به إذا وفى من طريق الحكم، كذا ذكره القدوري في شرحه اهـ غاية. **قوله: (ولو اختلفا في ذلك)** يعني قال رب الثوب: هلك قبل

هلك عند الراهن بعد الاسترداد لا يضمن لما ذكرنا أنه عاد إلى حكم الرهن ولو استعمله بعد الاسترداد ثم تركه ثم هلك لا يضمن أيضاً لما ذكرنا أنه أمين، وحكمه حكم الوديعة عنده لا حكم العارية لانتهاء حكم العارية بالفكاك فصارت يده يد المالك لكونه عاملاً للمالك بتحصيل مقصوده، وهو الرجوع عند الهلاك بخلاف المستعير لأن يده يد نفسه، فإذا تعدّى لا يبرأ من الضمان حتى/ يوصله إلى يد [٢٢٣ ب/٣] المالك على هذا عامة المشايخ، وقال شيخ الإسلام: يبرأ المستعير إذا زال التعدّي كالوديعة واستدل عليه هو بمسألة المستعير للرهن، وقد بينا المعنى فيه فلا يبقى حجة له على ذلك التقدير، ولو مات مستعير الرهن مفلساً فالرهن باقٍ على حاله ولا يباع إلا برضا المعير لأنه ملكه، ولو أراد المعير البيع وأبى المرتهن من بيعه بيع بغير رضاه إذا كان فيه وفاء لأن حقه في الاستيفاء، وقد حصل وإن لم يكن فيه وفاء لم يبع إلا برضاه لأن له في الحبس منفعة فلعل المعير قد يحتاج إلى الرهن فيخلصه بالإيفاء أو تزداد قيمته بتغير السعر فيستوفي منه حقه، ولو مات المعيرمفلساًوعليه دين أمر الراهن بقضاء دين نفسه ويردّ الرهن ليصل كل ذي حق إلى حقه، وإن عجز لفقره فالرهن على حاله كما لو كان المعير حياً ولورثته أخذه إن قضوا دينه لأنهم بمنزلة المورّث، فإن طلب غرماء المعير وورثته بيعه فإن كان فيه وفاء بيع، وإلا فلا يباع إلا برضا المرتهن، كما مر لما بيَّنا ولو كان الفاضل من دين المرتهن لم يف بدين غرماء المعير لا يباع إلا برضاهم، وإن كان يفي بيع بغير رضاهم لوصول حقهم إليهم، وكذا الحكم لو مات المعير والمستعير.

قال رحمه الله: (وجناية الراهن والمرتهن على الرهن مضمونة) لأن حق كل واحد منهما محترم فيجب عليه ضمان ما أتلف على صاحبه لأن الراهن مالك، وقد تعدىّ عليه المرتهن فيضمنه **والمرتهن حقه لازم** محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالأجنبي في حق الضمان كالعبد الموصي بخدمته إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد يقوم مقام الأوّل، ولهذا يمنع المريض من التبرع بأكثر من الثلث ثم المرتهن يأخذ الضمان بدينه إن كان من جنس حقه، وكان الدين حالاً وإن

الفكاك، وقال الراهن: هلك بعد الفكاك اهـ قوله: (**والمرتهن حقه لازم إلخ**) قال القدوري في مختصره: وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها اهـ والضمير في عليه راجع إلى الرهن، وفي دينه إلى المرتهن، وفي بقدرها إلى الجناية، وذلك لأنه أتلف ملك غيره، ومن أتلف ملك غيره لزمه ضمانه، وإذا لزمه الضمان وكان الدين قد حل سقط من الضمان بقدره ولزمه الباقي، لأن ما زاد على قدر الدين من القيمة كان أمانة وإنما ضمنه بالإتلاف لا بعقد الرهن فهو بمنزلة الوديعة إذا أتلفها المودع يلزمه الضمان، كذا في شرح الأقطع اهـ

كان مؤجلاً يحبسه بالدين فإذا حل أخذه بدينه إن كان من جنس حقه وإلا حبسه بدينه حتى يستوفي دينه.

قال رحمه الله: (وجنايته عليهما وعلى مالهما هدر) أي جناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر أطلق الجواب، والمراد به جناية لا توجب القصاص، وإن كانت توجبه فمعتبرة حتى يجب عليه القصاص، أما للمرتهن فظاهر لأنه أجنبي عنه، وكذا المولى لأنه كالأجنبي عنه في حق الدم إذ لم يدخل في ملكه إلا من حيث المالية، **ألا ترى أن إقرار المولى عليه** بالجناية الموجبة للقصاص باطل، وإقرار العبد بنفسه بها جائز، والإقرار بما يوجب المال على عكسه فإذا لم يدخل في ملكه من ذلك الوجه صار أجنبياً عنه، فأفاد الوجوب عليه بخلاف ما يوجب المال لأن ماليته ملك للمولى ومستحق للمرتهن، فلا فائدة في اعتبارها إذ تحصيل الحاصل محال بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه، حيث تعتبر عند أبي حنيفة

غاية. **قوله: (ألا ترى أن إقرار المولى عليه إلخ)** قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره: وإذا رهن الرجل عبداً بألف درهم وقيمته ألف فجنى على الراهن في نفسه أو ماله جناية توجب مالاً فهو هدر في قولهم جميعاً إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله، قال القدوري: وذلك لأن المولى لا يثبت له على عبده دين فحكم جناية الخطأ حكم الدين، ألا ترى أن المولى يملك أن يقر عليه بكل واحد من الأمرين ولا يقبل إقرار العبد بهما، فإذا لم يثبت أحدهما لم يثبت الآخر فليس كذلك جناية العمد لأنها تثبت بإقرار العبد، ولا تثبت بإقرار المولى عليه فصار المولى معه فيها كالأجنبي، ولأن الرهن على ملك الراهن وإنما تثبت جنايته لحق المرتهن لأن تعلق حقه جعل المولى كالأجنبي فلا فائدة للمرتهن في ثبوت هذه الجناية فلم يثبت، وليس هذا كجناية المغصوب على المولى لأن المغصوب مضمون ضماناً يتعلق به التمليك فصار كعقد الغاصب والرهن ليس بمضمون على الحقيقة، قال شيخ الإسلام في شرح الكافي: قيل: هذا قول أبي يوسف ومحمد، وأما على قول أبي حنيفة تعتبر جناية الرهن على الراهن لأنه مضمون على المرتهن، فأشبه الغاصب ثم جناية المغصوب على المغصوب منه على هذا الاختلاف فهذا كذلك، ثم قال: والصحيح أن هذا قول الكل: لأنه ليس بمضمون مطلق بل هو مضمون لغيره وعينه أمانة فكان في معنى الأمانة، وقضية وصف الأمانة أن تكون جناية هدراً، ولهذا كان جناية العبد على المشتري قبل القبض هدراً، وإن كان في ضمان البائع لأنه مضمون عليه بغيره فهذا كذلك وكذلك جنايته على مملوكه ومتاعه، وأما إذ جنى الرهن على المرتهن فهو هدر في قول أبي حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: جنايته على المرتهن ثابتة إذا كانت في بني آدم فإن شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية إلى المرتهن، وإن شاء المرتهن قال: لا أطلب

رحمه اللّه لأن الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستنداً حتى يكون الكفن عليه فكانت جنايته على غير مالكه فاعتبرت، وهذا الحكم فيما إذا كانت جناية الرهن موجبة للدين على العبد لا دفع الرقبة بأن كانت على غير الآدمي بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم اللّه لما ذكرنا، وإن كانت موجبة لدفع الرقبة بأن كانت على الآدمي في النفس خطأ أو فيما دونها فكذلك عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقالا: إن كانت جنايته على الراهن فكذلك، وإن كانت على المرتهن فمعتبرة لأن في اعتبارها فائدة تملك رقبة العبد، والمرتهن غير مالك حقيقة فكانت جناية الرهن عليه جناية على غير المالك غير أنها سقطت لعدم الفائدة في جناية لا توجب دفع العبد لما ذكرنا، وهذه أفادت ملك رقبة العبد، وإن كان دينه يسقط بذلك لأنه قد يختار ملك رقبة العبد وربما يكون بقاء الدين أنفع له فيختار أيهما شاء، **ثم إذا اختار** أخذه ووافقه الراهن على ذلك أبطلا الرهن لسقوط الدين بهلاكه، لأن دفعه بالجناية يوجب هلاكه/ على الراهن فيسقط به الدين، ولهذا لو جنى على الأجنبي فدفع بها سقط الدين، وإن لم يطلب الجناية فهو رهن على حاله، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لأنها حصلت في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان مع وجوب التخليص عليه، وهذا الاختلاف نظيرالاختلاف في العبد المغصوب فإن جنايته على الغاصب لا تعتبر عنده وعندهما تعتبر، وما ذكرا من الفائدة غير ظاهر لأن أخذ العبد بالجناية لا يكون إلا باختيار المالك لأن المجني عليه لا يستبدّ بأخذه، وقد لا يختار هو الدفع بل هو الظاهر لعدم وجوب الفداء عليه بالمنع، وفي رواية عن أبي حنيفة رحمه اللّه إذا كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أن جنايته على المرتهن معتبرة بحسابها لأن الزائد أمانة فصار كجناية العبد المودع، **ولو جنى الرهن** على ابن الراهن أو على ابن المرتهن فهي معتبرة في الصحيح حتى يدفع بها أو يفدأ، وإن كانت على المال يباع كما إذا جنى على الأجنبي إذ هو أجنبي لتباين الأملاك.

[٢٢٤/٣]

قال رحمه اللّه: (وإن رهن عبداً يساوي ألفاً بألف مؤجل فرجعت قيمته إلى مائة فقتله رجل وغرم مائة وحل الأجل فالمرتهن يقبض المائة قضاء من حقه، ولا يرجع على الراهن بشيء) وأصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين

الجناية فيكون رهناً على حاله، وكذا ذكر الكرخي في مختصره اهـ غاية. **قوله**: (**ثم إذا اختار**) التفريع على قولهما اهـ **قوله**: (**ولو جنى الرهن إلخ**) قال صاحب الهداية: وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن يعني أن جناية الرهن على المرتهن هدر عند أبي حنيفة بخلاف جنايته على ابن الراهن أوابن المرتهن فإنه معتبر بالاتفاق اهـ غاية. **قوله**:

عندنا، حتى كان له أن يطالب بجميع الدين عند ردّه ناقصاً بالسعر **خلافاً لزفر رحمه الله** هو يقول: إن المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين، ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك غير معتبر في البيع إذا حصل في المبيع قبل القبض حتى لا يثبت للمشتري الخيار، ولا في الغصب حتى لا يجب على الغاصب ضمان ما نقص بالسعر عند ردّ العين المغصوبة بخلاف نقصان العين لأنه بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء، إذا اليد يد الاستيفاء وإذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهوناً بكل الدين، فإذا قتله حرّ غرم قيمته يوم الإتلاف لأن القيمة في ضمان الإتلاف تعتبر وقت الإتلاف لأن الجابر بقدر الفائت وأخذه المرتهن لأنه بدل المالية في حق المستحق، وإن كان مقابلاً بالدم على أصلنا حتى لا يزاد على دية الحرّ لأن المولى استحقه بسبب المالية، وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه، ثم لا يرجع على الراهن بشيء لأن يد المرتهن يد استيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في الابتداء ألفاً فيصير مستوفياً للكل من الابتداء، أو نقول: لا يمكن أن يجعل مستوفياً للألف بمائة لأنه يؤدّي إلى الربا فيصير مستوفياً لمائة، وبقي تسعمائة في العين فإذا هلكت يصير مستوفياً لتسعمائة بالهلاك، بخلاف ما إذا مات من غير قتل أحد لأنه يصير مستوفياً للكل بالعبد لأنه لا يؤدّي إلى الربا لاختلاف الجنس بخلاف المسألة الأولى، لأنا لو جعلناه مستوفياً للألف بمائة يؤدّي إلى الربا فجعلناه مستوفياً لتسعمائة بالعبد الهالك وهو المقتول والمائة بالمائة.

قال رحمه الله: (ولو باعه بمائة بأمره قبض المائة قضاء من حقه ورجع بتسعمائة) أي لو باع المرتهن العبد الذي يساوي ألفاً بمائة بأمر الراهن، وكان رهناً بألف قبض المرتهن تلك المائة التي هي الثمن قضاء لحقه، ورجع على الراهن بتسعمائة لأنه لما باعه بإذن الراهن صار كأنّ الراهن استردّه وباعه بنفسه، ولو كان كذلك لبطل الرهن وبقي الدين إلا بقدر ما استوفى فكذا هنا.

قال رحمه الله: (وإن قتله عبد قيمته مائة فدفع به افتكه بكل الدين) وهو الألف وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: هو بالخيار إن شاء افتكه بجميع الدين، وإن شاء سلم العبد المدفوع إلى المرتهن بدينه ولا شيء عليه غيره، وقال زفر رحمه الله: يصير رهناً بمائة لأن يد المرتهن يد استيفاء، وقد تقرر بالهلاك إلا أنه أخلف بدلاً بقدر العشر فيبقى الدين بقدره قلنا: إن العبد الثاني قائم مقام الأول لحماً ودماً، ولو كان / الأول قائماً وانتقص بالسعر لا يسقط الدين وهو على [٢٢٤ب/٣] الخلاف، ولمحمد إن المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع

(خلافاً لزفر) وإذا انتقص من عينه شيء ذهب قسطه من الدين بالاتفاق اهـ إتقاني. **قوله:**

والمغصوب إذا كانت قيمة كل واحد منهما ألفاً وقتل كل واحد منهما عبداً قيمته مائة فإن كل واحد من المشتري والمغصوب منه بالخيار إن شاء أخذ القاتل ولا شيء له غيره، وإن شاء فسخ المشتري البيع ورجع المغصوب منه بقيمته، ولهما أن التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الأول لحماً ودماً كما ذكرنا مع زفر رحمه اللّه، وعين الرهن أمانة عندنا فلا يجوز تمليكه من المرتهن بغير رضاه، ولأن جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وأنه منسوخ «بقوله صلى اللّه عليه وسلم: لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه». الحديث بخلاف ما ذكر من البيع والغصب لأن حكم الخيار في البيع الفسخ وفي الغصب تمليكه بأداء الضمان وهما مشروعان، وعلى هذا الخلاف لو تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به، وإذا قتل العبد المرهون قتيلاً خطأً فضمان الجناية على المرتهن، ولا يملك الدفع لأنه لا يملك التمليك، **ولو فداه طهر المحل** وبقي الدين على حاله ولا يرجع المرتهن على الراهن بشيء من الفداء **لأن الجناية حصلت في ضمانه**، ولو أبى المرتهن أن يفدي قيل للراهن: ادفع العبد أو افده لأن الملك له، وأيهما فعل سقط دين المرتهن به لأن العبد قد هلك بالدفع بسبب كان في يد المرتهن، وكذا بالفداء لأنه كالحاصل له بعوض، بخلاف ولد الرهن إذا قتل إنساناً أو استهلك مالاً حيث يخاطب الراهن ابتداء بالدفع، أو الفداء لأنه غير مضمون على المرتهن فإذا دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك ابتداء فإن فداه فهو رهن مع أمه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون ما لا يستغرق رقبته، فإن أدّاه المرتهن فدين نفسه على حاله كما في الفداء، وإن أبى قيل للراهن: بعه في الدين إلا أن يختار أن يؤدّي عنه، فإن أدّى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء، وإن لم يؤدّ وبيع العبد فيه **يأخذ صاحب** دين العبد دينه لأن دين العبد مقدّم على دين المرتهن وعلى حق المولى لأن حقه مقدّم على حق المولى، وكذا على حق المرتهن لأنه قائم مقام المولى في المالية **ولهذا المعنى قلنا: يقدم دين العبد** على حق ولي الجناية أيضاً لأن ولي الجناية قائم مقام المولى في ملك العين، فإن فضل شيء من دين العبد ودين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر **فالفضل للراهن** وبطل دين المرتهن لإن الرقبة استحقت بمعنى هو في ضمانه فأشبه

(**ولو فداه طهر**) طهر بالطاء المهملة اهـ إتقاني. **قوله**: (**المحل**) وهو العبد عن الجناية اهـ غاية. **قوله**: (**لأن الجناية حصلت في ضمانه**) فلو أنه رجع على الراهن لرجع الراهن عليه اهـ غاية. **قوله**: (**يأخذ صاحب**) أي الذي استهلك العبد ماله اهـ **قوله**: (**ولهذا المعنى قلنا: يقدم دين العبد إلخ**) أي قيمة المستهلك اهـ قال القدوري: وإنما قلنا: إن حق ولي الجناية وحق ولي دين العبد يقدم على حق المرتهن لأن حقهما يقدم على حق المالك وهو أقوى من

الهلاك وإن كان دين العبد أقل منه سقط من دين المرتهن بقدره **وما فضل** من دين العبد يبقى رهناً كما كان، ثم إن كان دين المرتهن قد حل أخذه منه لأنه من جنس حقه، وإن كان لم يحل أمسكه حتى يحل ثم يأخذه إذا حل إن كان من جنس حقه، **وإن كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم** أخذ الثمن ولا يرجع بما بقي على أحد حتى يعتق العبد لأن الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر إلى ما بعد العتق، ثم إذا أدّى العبد بعد العتق لا يرجع على أحد لأنه وجب عليه بفعله، هذا إذا كان كله مضموناً وإن كان بعضه أمانة **بأن كانت قيمته أكثر من الدين**، وقد جنى العبد جناية قيل لهما: افدياه أو ادفعاه بها لأن البعض مضمون والبعض أمانة والفداء في المضمون على المرتهن، وفي الأمانة على الراهن فإن اجتمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن، والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بينا وإنما له التخليص بالفداء، ولهذا يطلب رضاه في الدفع لاحتمال أن يختار الفداء، **وإن تشاحا** فالقول لمن قال: أنا أفدي أيهما كان، أما إذا كان هو المرتهن فلأنه ليس في الفداء الذي يختاره إبطال حق/ الراهن وفي الدفع الذي يختاره الراهن إبطال حق المرتهن ويكون [٢٢٥ أ/٣] المرتهن في الفداء متطوعاً في حصة الأمانة حتى لا يرجع على الراهن بذلك لأنه كان يمكنه أن لا يختار فيخاطب الراهن، فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعاً على ما روي عن أبي حنيفة رحمه الله بخلاف ما إذا كان غائباً لأنه تعذر خطابه والمرتهن محتاج إلى إصلاح المضمون، ولا يمكنه ذلك إلا بإصلاح الأمانة فلا يكون متبرعاً، وعند أبي يوسف ومحمد وزفر والحسن رحمهم الله المرتهن متطوّع في الوجهين، لأنه فدى ملك غيره بغير أمره فصار كالأجنبي، وأما إذا كان المختار للفداء هو الراهن فلأن المرتهن ليس له ولاية الدفع فكيف يختاره، ولأن في الدفع الذي يختاره المرتهن تفويت حق الراهن في العين من غير فائدة تحصل له، لأن حقه يسقط بالدفع كما يسقط بفداء الراهن، ثم إذا فداه الراهن يحتسب على المرتهن حصة المضمون من الفداء من دينه لأن سقوط الدين أمر لازم دفع أو فدى لأنه بالاستحقاق صار هالكاً فإذا فداه صار كأنه حصله بالفداء فلم يجعل الرهن في الفداء متطوّعاً، ثم ينظر إن

حق المرتهن فلأن يقدم على حق المرتهن أولى اهـ إتقاني. **قوله: (فالفضل للراهن)** يعني إن كان ما أخذه غريم العبد من ثمن العبد مثل ما للمرتهن على الراهن أو أكثر بطل دين المرتهن على الراهن، وإن كان أقل منه بطل قدر ذلك على الراهن ورجع المرتهن على الراهن بما بقي من دينه اهـ **قوله: (وما فضل)** أي وما فضل من ثمن العبد من دينه يبقى رهناً كما كان اهـ **قوله: (وإن كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم)** أي الذي استهلك العبد ماله اهـ **قوله: (بأن كانت قيمته أكثر من الدين)** أي بأن كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف اهـ

كان حصة المضمون من االفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين، وإن كان أقل سقط من الدين بحسابه وكان العبد رهناً بما بقي لأن الفداء في حصة الأمانة كان عليه، وفي حصة المضمون كان على المرتهن فإذا أدّاه الراهن وهو ليس بمتطوّع فيه كان له الرجوع عليه فيصير قصاصاً بدينه، كأنه أوفى بعضه فيبقى العبد رهناً بما بقي بخلاف ما إذا فداه المرتهن حيث يكون متطوّعاً في حال حضرة الراهن لا في حال غيبته على ما بينا، وعن زفر عن أبي حنيفة على عكسه بأن الراهن إذا كان حاضراً فالمرتهن لا يكون متطوعاً في الفداء، وإن كان غائباً كان متطوّعاً فيه، ووجهه أن المجني عليه لا يخاطب المرتهن في حال غيبة الراهن لأنه ليس بمالك، ولا يقدر على الدفع ولا يتمكن من أخذ العبد منه ما لم يحضر الراهن فلا حاجة له إلى الفداء، فإذا فداه من غير حاجة إليه كان متطوعاً، وأما في حالة حضرته فالمجنى عليه يخاطبهما بالدفع أو الفداء ولا يتوصل المرتهن إلى استدامة يده إلا بالفداء فكان مضطراً إليه فلا يكون متبرعاً كمعير الرهن، وصاحب العلو إذا بنى السفل ثم بنى عليه علوه وكذا في جناية ولد الرهن إذا قال المرتهن: أنا أفدي كان له ذلك، وإن كان المالك يختار الدفع لأنه إن لم يكن مضموناً عليه فهو محبوس بدينه، وله في الفداء غرض صحيح من زيادة الاستيثاق، ولا ضرر على الراهن فكان له ذلك.

قال رحمه الله: (وإن مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لأن الوصي قائم مقام الموصي ولو كان الموصي حياً كان له أن يبيع الرهن فكذا الوصية.

قال رحمه الله: (فإن لم يكن له وصي نصب له القاضي وصياً وأمر ببيعه) وفعل ذلك إلى القاضي لأن القاضي نصب ناظراً لحقوق المسلمين إذا عجزوا عن النظر لأنفسهم وقد تعين النظر في نصب الوصي ليؤدّي ما عليه لغيره ويستوفي حقوقه من غيره، ولو كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم له من غرمائه لم يجز، وللآخرين أن يردّوه لأنه إيثار لبعض الغرماء بالإيفاء الحكمي فأشبه الإيثار بالإيفاء الحقيقي، والجامع ما في كل واحد منهما **من إبطال حق غيره** من الغرماء، ألا ترى أن الميت بنفسه لا يملك ذلك في مرض موته فكذا من قام مقامه، وإن قضى دينهم قبل أن يردّوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم إليهم، ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتباراً بالإيفاء الحقيقي، **وبيع في دينه** لأنه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده، وإذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لأنه استيفاء

قوله: (**وإن تشاحا**) أي في الدفع والفداء اهـ **قوله**: (**من إبطال حق غيره**) أي غير من رهن عنده اهـ **قوله**: (**وبيع في دينه**) أي لأنه لا مزاحم له اهـ

فيملكه وله أن يبيعه إن وكل وإلا فلا إلا بإذن الراهن، وكذا لو ارتهن الموصي ومات قام الوصي مقامه إلا أنه لا يبيعه لأن الوكالة تبطل بموته.

فصل

قال رحمه الله: (رهن عصيراً قيمته عشرة بعشرة فتخمر ثم تخلل وهو يساوي عشرة فهو رهن بعشرة) لأن/ ما يكون محلاً للبيع بقاء يكون محلاً للرهن بقاء **كما أن ما يكون محلاً للبيع** ابتداء يكون محلاً للرهن ابتداء والخمر محل للبيع بقاء، ألا ترى أن من اشترى عصيراً فتخمر قبل القبض يبقى العقد فيها إلا أن المشتري يتخير في البيع لتغير وصف المبيع، كما إذا تعيب فكذا يكون محلاً للرهن بقاء، وهذا لأن العقد وقع صحيحاً، فإذا تخمر فقد فسد لكن بالتخلل يعود العقد صحيحاً **لعود المالية المتقوّمة فيها** وزوال المفسد، وقوله: ثم تخلل وهو يساوي عشرة يشير إلى أن المعتبر فيه في الزيادة والنقصان القيمة، وليس كذلك بل المعتبر فيه القدر لأن العصير والخل من المقدّرات لأنه إما مكيل أو موزون وفيهما نقصان القيمة لا يوجب سقوط شيء من الدين كما مر في انكسار القلب، وإنما يوجب الخيار على ما ذكرنا لأن الفائت فيه مجرّد الوصف وفوات شيء من الوصف في المكيل والموزون لا يوجب سقوط شيء من الدين بإجماع بين أصحابنا رحمهم الله فيكون الحكم فيه أنه إن نقص شيء من القدر سقط بقدره من الدين **وإلا فلا**. [٢٢٥ب/٣]

قال رحمه الله: (وإن رهن شاة قيمتها عشرة فماتت فدبغ جلدها وهو يساوي

فصل

هذا الفصل بمنزلة فصل المسائل المتفرقة المذكورة في آخر الكتب فلذلك أخره استدراكاً لما فات فيما سبق اهـ إتقاني. **قوله: (كما أن ما يكون محلاً للبيع إلخ)** قال الولوالجي رحمه الله: وما جاز بيعه جاز رهنه لأن عقد الرهن عقد تمليك يداً فإذا ملك تمليك العين رقبة، ويداً أولى أن يملكه يداً اهـ ذكره في الرهن. **قوله: (لعود المالية المتقومة فيها إلخ)** فكان رهناً بالعشرة ولكن هذا إذا لم ينتقص من مقداره بالتخمر والغالب النقصان، فإذا انتقص سقط من الدين بقدره وإنما قيدنا بنقصان المقدار لأنه إذا انتقص سعره لا مقداره لا يسقط شيء من الدين لكن الراهن يتخير كما إذا انكسر القلب إن شاء افتكه ناقصاً بجميع الدين، وإن شاء ضمنه قيمته رهناً عنده عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد إن شاء افتكه ناقصاً، وإن شاء جعله بالدين، كذا ذكر في شرح الكافي، وإن لم تنتقص قيمته لا يخير فيه فيبقى رهناً كما كان لأنه لا ضرر في الجبر على الفكاك اهـ إتقاني. **قوله: (وإلا فلا)** قال العيني رحمه الله: بعد أن حكى قول الشارح: قلت: القيمة

درهماً **فهو رهن بدرهم)** لأن الرهن يتقرر بالهلاك، وإذا جنى بعض المحل يعود الحكم بقدره بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع بقدره، لأن البيع ينفسخ بالهلاك قبل القبض والمفسوخ لا يعود صحيحاً، وأما الرهن فيتقرر بالهلاك **ومن المشايخ من يقول: يعود البيع** صحيحاً، وقوله: فهو رهن بدرهم قالوا: هذا إذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهماً، وإن كانت قيمته يومئذٍ درهمين كان الجلد رهناً بدرهمين، وإنما يعرف ذلك بالتقويم بأن تقوم الشاة المرهونة غير مسلوخة ثم تقوّم مسلوخة فالتفاوت بينهما هو قيمة الجلد، هذا إذا كانت الشاة كلها مضمونة، وإن كان بعضها أمانة بأن كانت قيمتها أكثر من الدين يكون الجلد أيضاً بعضه أمانة بحسابه فيكون رهناً بحصته من الدين قالوا: هذا إذا دبغه المرتهن بشيء لا قيمة له، وإن دبغه بشيء له قيمة ثبت للمرتهن حق حبسه بما زاد الدباغ فيه كما لو غصب جلد ميتة، ودبغه بشيء له قيمة ثم قيل: يبطل الرهن فيه حتى إذا أدّى الراهن ما زاد الدباغ فيه أخذه وليس له أن يحبسه بالدين لأنه لما حدث الدين الثاني وصار به محبوساً حكماً خرج من أن يكون رهناً بالأوّل حكماً، فصار كما إذا رهنه حقيقة بأن رهن الرهن بدين آخر غير ما كان محبوساً به فإنه يخرج عن الأوّل ويكون رهناً بالثاني، فكذا هذا وقيل: لا يبطل لأن الشيء إنما يبطل بما هو فوقه أو مثله ولا يبطل بما هو دونه كالمبيع بألف إذا باعه ثانياً منه بأقل أو بأكثر يبطل لأنه مثله، ولا يبطل بالإجارة والرهن لأنه دونه والرهن بالثاني هنا دون الأوّل لأنه إنما يستحق حبس الجلد بالمالية التي اتصلت بالجلد بحكم الدباغ، وتلك المالية تبع للجلد لأنها وصف له والوصف دائماً تبع للأصل والرهن الأوّل رهن بما هو أصل بنفسه، وليس بتبعٍ لغيره وهو الدين فيكون أقوى من الثاني فلم يرتفع الأوّل بالثاني ويثبت الثاني أيضاً لأن سببه قد تحقق، وإنه لا يمكن ردّه بخلاف الإجارة والرهن لأن ردّهما

تزيد وتنقص بازدياد القدر ونقصانه اهـ **قوله في المتن:** (**فهو رهن بدرهم**) لأن عقد الرهن يبطل بموت الشاة لأن المرتهن صار مستوفياً بالهلاك، وبالاستيفاء تأكد عقد الرهن فإذا عادت المالية بالدباغ صادفت عقداً قائماً فيثبت فيه حكمه بقسطه بخلاف البيع فإن عامة المشايخ قالوا: في الشاة المبيعة إذا ماتت قبل القبض ثم دبغ جلدها فإن البيع لا يعود ولا نص فيه، كذا قال فخر الإسلام. والحاصل هنا ما قالوا في شروح الكافي: أن لعلمائنا فيه طريقان، أحدهما أنه بطل أصلاً لانعدام محلية الرهن بهلاك الشاة ثم عاد حكم الرهن بقدر الجلد، لأنه حيي هذا القدر ولو حيي كله يعود كل رهن فإذا حيي بعضه يعود بقدره والثاني أنه لم يبطل الرهن في قدر الجلد، لأن احتمال المحلية قائم في هذا القدر فكان في بقاء الرهن فائدة فيتوقف فيه، وهو الأصح اهـ إتقاني. **قوله:** (**ومن المشايخ من قال: يعود**

ممكن فأمكن القول ببطلانهما ولو أبق العبد الرهن وجعل بالدين ثم عاد يعود الدين، وعند زفر رحمه اللّه لا يعود بل يكون ملكاً للمرتهن لأن القاضي لما جعله بالدين فقد ملكه كالمغصوب يعود بعد الضمان فإن يكون ملكاً للغاصب، ولا يعود إلى ملك المغصوب منه قلنا: إن الرهن لا يملك بالدين لأنه حكم جاهلي على ما بينا وإنما يقع بقبضه الاستيفاء من وجه ويتم ذلك بالهلاك فإذا عاد ظهر أنه لم يتم فبقي محبوساً بالدين، والدليل على أنه لا يملك به العين أن كفنه على الراهن بخلاف المغصوب.

قال رحمه اللّه: (ونماء الرهن كالولد والثمر واللبن والصوف / للراهن) لأنه متولد من ملكه. [٢٢٦ أ/٣]

قال رحمه اللّه: (وهو رهن مع الأصل) لأنه تبع له والرهن حق متأكد لازم فيسري إلى الولد، ألا ترى أن الراهن لا يملك إبطاله بخلاف ولد الجارية الجانية حيث لا يسري حكم الجناية إلى الولد ولا يتبع أمه فيه لأن الحق فيها غير متأكد حتى ينفرد المالك بإبطاله بالفداء، وبخلاف ولد المستأجرة والكفيلة والمغصوبة وولد الموصي بخدمتها لأن المستأجر حقه في المنفعة دون العين وفي الكفالة الحق يثبت في الذمة والولد لا يتولد من الذمة، وفي الغصب السبب إثبات يد العادية بإزالة يد المحقة وهو معدوم في الولد ولا يمكن إثباته فيه تبعاً لأنه فعل حسي، والتبعية تجري في الأوصاف الشرعية وفي الجارية الموصي بخدمتها المستحق له الخدمة، وهي منفعة والولد غير صالح لها قبل الانفصال فلا يكون تبعاً لها وبعده لا ينقلب موجباً أيضاً بعد أن انعقد غير موجب.

قال رحمه اللّه: (ويهلك مجاناً) أي إذا هلك النماء يهلك بغير شيء لأن الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالأصل لأنها لم تدخل تحت العقد مقصوداً إذ اللفظ لا يتناولها.

قال رحمه اللّه: (وإن هلك الأصل وبقي النماء فك بحصته) أي إذا هلك الرهن وبقي النماء يفك الولد بحصته من الدين لأنه صار مقصوداً بالفكاك، والتبع إذا صار مقصوداً يكون له قسط كولد المبيع لا حصة له من الثمن ثم إذا صار مقصوداً بالقبض صار له حصة حتى لو هلكت الأم قبل القبض وبقي الولد كان للمشتري أن يأخذ بحصته من الثمن، ولو هلك قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن.

قال رحمه اللّه: (ويقسم الدين على قيمته يوم الفكاك وقيمة الأصل يوم القبض وسقط من الدين حصة الأصل وفك النماء بحصته) لأن الولد صار له حصة بالفكاك والأم دخلت في ضمانه من وقت القبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما في

وقت اعتباره، **ولهذا لو هلك الولد** بعد هلاك أمه قبل الفكاك هلك بغير شيء فيعلم بذلك أنه لا يقابله شيء من الدين إلا عند الفكاك، ولو أذن الراهن للمرتهن في أكل زوائد الرهن بأن قال: مهما زاد فكله فأكله فلا ضمان عليه ولا يسقط شيء من الدين لأنه أتلفه بإذن المالك وهذه إباحة، والإطلاق يجوز تعليقه بالشرط والخطر بخلاف التمليك، وإن لم يفتك الرهن حتى هلك في يد المرتهن قسم الدين على قيمة الزيادة التي أكلها المرتهن وعلى قيمة الأصل **فما أصاب الأصل** سقط وما أصاب الزيادة أخذه المرتهن من الراهن لأن الزيادة تلفت على ملك الراهن بفعل المرتهن بتسليط منه فصار كأن الراهن أخذه أو أتلفه فيكون مضموناً عليه فكان له حصة من الدين فبقي حصته، هكذا ذكر في الهداية والكافي وفتاوى قاضيخان والمحيط وعزاه إلى الجامع.

قال رحمه اللّه: (وتصح الزيادة في الرهن لا في الدين) معناه لا يصير الرهن رهناً بالدين المزيد وصورة الزيادة في الرهن ظاهر وهو أن يزيد رهناً على الرهن الأوّل فيكونان رهناً بالدين الأوّل، **وأما صورة الزيادة** في الدين فهو أن يزيد ديناً عى الدين الأوّل على أن يكون الرهن الأوّل رهناً بالدينين وهو غير جائز، وقال أبو يوسف رحمه اللّه: تجوز الزيادة في الدين أيضاً، **وقال زفر والشافعي رحمهما اللّه**: لا تجوز الزيادة في

البيع) والجمهور على أنه لا يعود لما بينا اهـ كافي. **قوله: (ولهذا لو هلك الولد إلخ)** قال الكرخي في مختصره: فإن لم يفتكه الراهن حتى مات بعد أمه ذهب بغير شيء وصار كأنه لم يكن وذهبت الأم بجميع الدين إلى هنا لفظ الكرخي، وذلك لما بينا أنه لا حصة للولد قبل الفكاك فإذا مات فكأنه لم يكن فيحكم بأن الأم هلكت بالدين، كذا في غاية البيان وقد ذكر فيها في هذا المحل فروعاً جمة فلتنظر ثمة اهـ **قوله: (فما أصاب الأصل إلخ)** مثاله ما قال في الزيادات: رجل رهن رجلاً شاة تساوي عشرة دراهم بعشرة، وأذن الراهن للمرتهن أن يحتلب لبنها ويشرب منه ويأكل ففعل صح، لأن صاحب الملك قد رضي فإذا حضر الراهن افتك الشاة بجميع الدين لأن ما أتلفه المرتهن فكان الراهن استرده ولو هلكت الشاة قبل أن يحضر الراهن ثم حضر فإن الدين يقسم على قيمة الشاة وقيمة اللبن، فتقضى حصة اللبن لأن فعل المرتهن نقل إلى الراهن فصار الراهن مسترداً فصار له قسط من الدين فإن كانت قيمة اللبن خمسة صار بإزائه ثلث الدين فيسقط ثلثا الدين بهلاك الشاة، ويؤدي ثلثه اهـ إتقاني. **قوله: (وأما صورة الزيادة إلخ)** وصورة المسألة ما قال في شرح الطحاوي: وهو أن يرهن عند رجل عبداً يساوي ألفين بألف درهم ثم استقرض الراهن من المرتهن ألفاً أخرى على أن يكون العبد رهناً بهما جميعاً فإنه يكون رهناً بالأولى خاصة عند أبي حنيفة ومحمد وزفر، ولو هلك هلك بالألف الأولى ولا يهلك بالألفين وإن كانت قيمته ألفين ولو قضى الراهن ألفاً وقال: إنما قضيتها من الألف الأولى فله أن يسترد العبد اهـ إتقاني. **قوله:**

الرهن أيضاً لأنه يؤدّي إلى الشيوع لأنه لا بد للرهن الثاني من أن يكون له حصة من الدين فيخرج الرهن الأوّل بقدره من أن يكون رهناً أو مضموناً، وذلك شائع والشيوع مفسد للرهن ولأبي يوسف رحمه اللّه أن الدين في باب الرهن في البيع والرهن كالثمن فتجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة وإمكان الإلحاق فيهما كما في البيع، **ولأبي حنيفة ومحمد** رحمهما اللّه أن الزيادة في الدين توجب الشيوع في الرهن، لأن الزيادة في الدين تثبت فيه ضمان الدين الثاني فيكون بعض الرهن مضموناً به، وبعضه مضموناً/ بالدين الأوّل **وذلك** [٢٢٦ب/٣] **البعض مشاع** فلا يجوز بخلاف الزيادة في الرهن لأنها توجب تحوّل بعض الدين إلى الرهن الثاني، لأن الدين ينقسم عليهما فصار الشيوع في الدين لا في الرهن، وذلك غير مانع صحة الرهن، ألا ترى أنه لو رهن شيئاً بخمسمائة من ألف درهم عليه جاز ولو كان الشيوع في الدين يمنع لما جاز **والالتحاق بأصل العقد** غير ممكن في طرف الدين لأنه غير معقود عليه، ولا هو معقود به بل وجوده سابق على الرهن ولهذا يبقى الدين بعد فسخ الرهن والزيادة تكون في المعقود عليه كالمبيع أو في المعقود به كالثمن لا في غيره لأنه ليس بأحد البدلين والزيادة تختص بهما، ثم المراد بقولهم: إن الزيادة في الدين لا تصح أن الرهن لا يكون رهناً بالزيادة، وأما نفس زيادة الدين على الدين فصحيحة لأن الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الأوّل جائز إجماعاً، ثم إذا صحت الزيادة في الرهن **وتسمى هذه زيادة قصدية** قسم الدين على قيمتها يوم قبضها **وعلى قيمة الأوّل يوم قبضه**، لأن كل واحد منهما دخل في ضمان المرتهن يوم قبضه فكان هو المعتبر، وإذا ولدت المرهونة ولداً ثم إن الراهن زاد مع الولد عبداً وقيمة كل واحد منهم ألف درهم والدين ألف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه يوم فكاكه وعلى العبد الذي زيد عليه لأنه جعله زيادة مع الولد دون الأم والوالد لا حصة له إلا وقت الفكاك فما أصاب الولد في ذلك الوقت قسم عليه، وعلى العبد الزيادة لما ذكرنا، وقيل: ذلك الولد تبع لا حصة له من الدين حتى لو مات الولد بعد الزيادة قبل الفكاك بطلت الزيادة لأن الولد إذا هلك خرج من

(**وقال زفر والشافعي: إلخ**) وهو القياس اهـ غاية. **قوله**: (**ولأبي حنيفة ومحمد إلخ**) وهو القياس اهـ هداية. **قوله**: (**وذلك البعض مشاع**) ولو رهنه ابتداء نصف العبد بدين ونصفه بدين آخر لم يجز اهـ إتقاني. **قوله**: (**والالتحاق بأصل العقد**) جواب عن قول أبي يوسف اهـ **قوله**: (**وتسمى هذه زيادة قصدية**) وهو احتراز عن الزيادة الضمنية وهي زيادة النماء وثمة يقسم الدين على قيمة الأصل يوم القبض وعلى قيمة النماء يوم الفكاك اهـ إتقاني. **قوله**: (**وعلى قيمة الأول يوم قبضه**) حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة، وقيمة الأول يوم القبض ألفاً والدين ألف يقسم الدين أثلاثاً في الزيادة ثلث الدين وفي الأصل ثلثا الدين اهـ

العقد فصار كأن لم يكن فبطل الحكم في الزيادة، وكذا لو هلكت الزيادة قبل فكاك الولد هلكت بغير شيء لأنه تبع فيأخذ حكمه، ولو كانت الزيادة مع الأم قسم الدين على قيمتها يوم قبضها، وعلى قيمة الزيادة يوم قبضها لما ذكرنا فما أصاب الأم قسم عليها وعلى ولدها إذا هلكت، فما أصاب الأم ذهب وسقط وما أصاب الولد افتك به الراهن لأن الزيادة دخلت على الأم فيقسم الدين عليها وعلى الزيادة أوّلاً ثم ما أصاب الأم قسم عليها، وعلى ولدها إذا هلكت وبقي الولد إلى الفكاك، ولو هلك الولد بعد هلاكها قبل الفكاك أو هلك هو وحده دونها ذهب بغير شيء لما ذكرنا أنه لا حصة له إلا وقت الفكاك فصار كأنه لم يكن أصلاً فبقي حصة الأم كلها عليها تذهب بهلاكها، وحصة الزيادة أيضاً تذهب بذهاب الزيادة فصار كأن الرهن في الأم وحدها وزاد العبد عليها فأيهما هلك هلك بحصته وافتك من بقي منهما بحصته.

قال رحمه للّه: (ومن رهن عبداً بألف فدفع عبداً آخر رهناً مكان الأوّل وقيمة كل ألف فالأوّل رهن حتى يردّه إلى الراهن والمرتهن في الآخر أمين حتى يجعله مكان الأوّل) لأن الأوّل دخل في ضمانه بالقبض والدين فلا يخرج عن الضمان ما داما باقيين إلا بنقض القبض فإذا كان الأول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لأنهما رضيا بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما فيه فإذا ردّ الأوّل دخل الثاني في ضمانه ثم قيل: يشترط تجديد القبض فيه لأن يد المرتهن على الثاني يد أمانة ويد الراهن يد استيفاء وضمان فلا تنوب عنه كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفاً يظنها جياداً، ثم علم أنها زيوف وطالبه بالجياد وأخذها فإن الجياد أمانة في يده ما لم يردّ الزيوف ويجدد القبض في الجياد، وقيل: لا يشترط لأن الرهن تبرع كالهبة وعينه أمانة على ما عرف وقبض الأمانة ينوب عن قبض الأمانة، ولأن الرهن عينه أمانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الأمانة عن قبض العين، ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن / هلك بغير شيء استحساناً خلافاً لزفر رحمه اللّه، [٢٢٧/أ/٣] لأن الرهن مضمون بالدين أو بجبهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالإبراء والهبة ولا جهته لسقوطه إلا إذا منعه من صاحبه فيصير غاصباً بالمنع، وكذا إذا ارتهنت المرأة بصداقها رهناً فأبرأته أو وهبته له أو اختلعت عليه أو ارتدت والعياذ باللّه قبل الدخول بها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء **لسقوط الدين**، ولو استوفى المرتهن الدين بإيفاء الراهن أو بإيفاء متطوّع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين، ويجب عليه رد ما استوفى إلى من استوفى منه وهو من عليه الدين أو المتطوّع بخلاف الإبراء **ووجه الفرق أن الإبراء يسقط به الدين** أصلاً، وبالاستيفاء لا

هداية. **قوله**: (**لسقوط الدين**) كما في الإبراء اهـ هداية. **قوله**: (**ووجه الفرق أن الإبراء يسقط

يسقط لقيام الموجب وهو السبب الموجب للدين لكن يكون المقبوض مضموناً على القابض فيلتقيان قصاصاً، ومعناه أن دين كل واحد منهما على صاحبه يبقى على حاله لعدم الفائدة في مطالبة كل واحد منهما صاحبه لأن كل استيفاء يوجد يعقب مطالبة مثله فيؤدّي إلى الدور، فترك الطلب لعدم الفائدة، فأما الدين نفسه فثابت في ذمة كل واحد منهما فإذا هلك الرهن يتقرر الاستيفاء الأوّل، وهو الاستيفاء بقبض الرهن وينتقض الاستيفاء الثاني الذي هو الحقيقة، **وكذا إذا اشترى** بالدين عيناً **أو صالح عن الدين على عين**، وكذا إذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة وهلك بالدين، لأنه في معنى البراءة بطريق الأداء لأنه يخرج بالحوالة عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه أو مثل ما يرجع عليه إن لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين **لأنه بمنزلة الوكيل**، وكذا إذا تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الإبراء، وقال في الكافي: ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه اللّه في المبسوط: إذا تصادقا على أن لا دين بقي ضمان الرهن إذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن، لأن الدين كان واجباً ظاهراًحين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهراً يكفي لضمان الرهن فصير مستوفياً، وأما إذا تصادقا على أن لا دين والرهن قائم ثم هلك يهلك أمانة لأنه بتصادقهما ينتفي الدين من الأصل، وضمان الرهن لا يبقى بدون

به الدين إلخ) قال الولوالجي: ولو قبض المرتهن دينه ثم هلك الرهن رد الدين لأن بقبض الدين لم يسقط الدين عن الغريم من كل وجه ولهذا صحت الهبة، وإذا بقي أصل الدين بقي الرهن فبقي الضمان اهـ **قوله: (وكذا إذ اشترى)** أي المرتهن اهـ **قوله: (بالدين عيناً)** أي من المرتهن اهـ **قوله: (أو صالح عن الدين على عين)** أي لأنه استيفاء اهـ هداية. أي لأن الصلح عن الدين على العين استيفاء للدين اهـ وكتب ما نصه ويجب على المرتهن رد الرهن على الراهن فلو هلك قبل أن يرده يجب عليه رد قيمته اهـ **قوله: (لأنه بمنزلة الوكيل)** أعني أن المحتال عليه بمنزلة الوكيل عن المحيل فثبت أن هذا براءة وقعت بطريق الأداء فلا يخرج الرهن من أن يكون مضموناً، فإذا هلك بالدين بطلت الحوالة لأنه يستند حكم الاستيفاء عند الهلاك إلى القبض السابق فتبين أنه أحال بالدين ولا دين اهـ إتقاني. وكتب ما نصه قال الحاكم الشهيد في الكافي: ولو ارتهن عبد بألف درهم يساويها ثم تصادقا أنه لم يكن له عليه شيء، وقد مات العبد فعلى المرتهن أن يرد عليه ألف درهم، قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرحه الذي هو مبسوطه: وذلك لأنه قبضه على ظاهر الدين فلا يكون دون المقبوض على سوم المقبوض على سوم القرض مضمون عليه حقيقة بما ساومه ولم يحققه فكذ المقبوض على ظاهر الدين اهـ غاية.

الدين، وذكر الإسبيجابي أنهما إذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب أنه لا يهلك مضموناً رجل دفع مهر غيره تطوّعاً فطلقت المرأة قبل الوطء رجع المتطوع بنصف ما أدى وكذا لو اشترى عبداً وتطوع رجل بأداء ثمنه ثم رد العبد بعيب رجع المتطوّع بما أدّى، وقال زفر رحمه اللّه: يرجع الزوج والمشتري بذلك على القابض لأن المتطوّع أدّى عنهما فصار كأدائهما بإذنهما قلنا: إنه إذا قضى عنهما بأمرهما رجع عليهما بما أدّى فملكاه بالضمان، وهنا لم يملكاه فبقي على ملك المتطوّع واللّه سبحانه وتعالى أعلم.

كتاب الجنايات

وهي في اللغة اسم لما يجنيه المرء من شر اكتسبه تسمية للمصدر من جنى عليه شراً، وهو عام إلا أنه خص بما يحرم من الفعل وأصله من جني الثمر وهو أخذه من الشجر، وهي في الشرع اسم لفعل محرم سواء كان في مال أو نفس لكن في عرف الفقهاء يراد بإطلاق اسم الجناية الفعل في النفس والأطراف، ثم القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجري مجرى الخطأ والقتل بسبب، **والمراد به بيان قتل تتعلق به الأحكام** من القصاص والدية والكفارة وحرمان الإرث والإثم على ما نبين إن شاء اللّه تعالى، **هذا تقسيم الشيخ أبي بكر الرازي** رحمه اللّه وذكر محمد رحمه اللّه في الأصل **أنه على ثلاثة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ**.

قال رحمه اللّه: (موجب القتل عمداً وهو ما تعمد ضربه/ بسلاح ونحوه في [٢٢٧ب/٣] تفريق الأجزاء **كالمحدد من الحجر والخشب** والليطة والنار الإثم والقود عيناً) أي القتل

كتاب الجنايات

مناسبة الجنايات بالرهن من حيث الحكم لأن حكم الرهن هو صيانة الدين عن التوى والتلف بوثيقة الرهن فكذا حكم الجناية صيانة النفس عن هلاكها، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿ولكم في القصاص حياة﴾ [البقرة: ١٧٩]، ولكن قدّم الرهن لأنه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية فإنها محظورة ولأنها عبارة عما ليس للإنسان فعله وكل ما ليس. **قوله**: (**والمراد به بيان قتل تتعلق به الأحكام إلخ**) أي المراد القتل الذي هو جناية وهو ما يتعلق به الأحكام المذكورة فإن القتل أكثر من خمسة كقتل المرتد والقتل رجماً والقتل بقطع الطريق، وقتل الحربي والقتل قصاصاً ثم القتل عبارة عن إزهاق الروح بفعل شخص، وإن كان انزهاق الروح بلا فعل مخلوق يسمى ذلك موتاً اهـ **قوله**: (**هذا تقسيم الشيخ أبي بكر الرازي**) وتبعه القدوري في مختصره في تقسيمه اهـ **قوله**: (**أنه ثلاثة أوجه إلخ**) قال الإتقاني: ونقل الشيخ أبو جعفر الطحاوي في مختصره والشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره هذه العبارة اهـ **قوله**: (**عمد وشبه عمد وخطأ**) وصاحب النافع قال: القتل على أربعة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ والقتل بالتسبيب، ولم يذكر ما أجري مجرى الخطأ لأن حكمه حكم الخطأ فلم يفرد له نوعاً قاله الإتقاني اهـ قلت: ولعل محمداً رحمه اللّه إنما اقتصر على الثلاثة ولم يذكر النوعين الأخيرين وهما القتل بسبب وما جرى مجرى الخطأ، لأن قصده بيان أحكام القتل الذي فيه مباشرة والقتل بسبب ليس فيه مباشرة، وأما ما جرى مجرى الخطأ فإنه وإن كان فيه مباشرة، لكن لما كان حكمه حكم الخطأ لم يذكره واللّه الموفق.

الموصوف بهذه الصفة يوجب الإثم والقصاص متعيناً، أما اشتراط العمدية فلأن الجناية لا تتحقق دونها، ولا بد منه ليترتب عليها العقوبة لقوله عليه الصلاة والسلام: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان» الحديث. وأما اشتراط السلاح، أو ماجرى مجرى السلاح فلأن العمد هو القصد وهو فعل القلب لا يوقف عليه إذ هو أمر مبطن فأقيم استعمال الآلة القاتلة غالباً مقامه تيسيراً، كما أقيم السفر مقام المشقة والنوم مضطجعاً مقام الخارج من السبيلين والبلوغ مقام اعتدال العقل تيسيراً والآلة القاتلة غالباً هي المحدّدة، لأنها هي المعدة للقتل وما ليس له حد فليس بمعدّ له حتى لو ضربه بحجر كبير أو خشبة كبيرة أو بصنجة حديد أو نحاس لا يجب القصاص عند أبي حنيفة رحمه اللّه على ما يجيء في شبه العمد، وذكر قاضيخان رحمه اللّه أن الجرح لا

قوله: (كالمحدّد من الحجر والخشب إلخ) قال في شرح الطحاوي: فالعمد ما تعمد قتله بالحديد كالسكين والسيف، وأما ما كان كالحديد سواء كان له حدة يبضع بضعاً أو ليس له حدة ولكن يرض رضاً كالعمود وسنجاة الميزان وغيرها أو طعن بالرمح أو الإبرة أو الأشفى بعد أن يقع عليه اسم الحديد سواء كان الغالب عليه الهلاك أو لم يكن، لأن الحديد منصوص عليه لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا قود إلا بالسيف»[1]. وفي رواية «لا قود إلا بالسلاح»، وفي رواية «لا قود إلا بالحديد» والمنصوص عليه لا يعتبر فيه المعنى، وكذلك ما كان من جنس الحديد مثل الصفر والرصاص والفضة والذهب والنحاس والآنك سواء قتله بضعاً أو رضاً وما كان من غير جنس الحديد إن عمل عمل الحديد فهو عمد، وإلا فلا كما إذا أحرقه بالنار فهو عمد لأنها تعمل عمله لأنه تشق الجلد وكذلك ما له حد يعمل عمل السيف كالزجاج وليطة القصب وحجر له حد مما يبضع بضعاً أو يطعن كخشب له حد يجرح فهذا يعمل عمل الحديد فهو عمد إلى هنا شرح الطحاوي، وقال فخر الدين قاضيخان في فتاواه: في ظاهر الرواية في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره لا يشترط الجرح لوجوب القصاص، وقال في الأجناس: ذكر في الشروط الكبير لأبي جعفر الطحاوي أنه لا قصاص في العمود من الحديد لأنه لا يجرحه اهـ إتقاني. قال شيخ شيخنا قاسم في حاشيته على شرح المجمع: فعلى ظاهر الرواية العبرة للحديد نفسه سواء جرح أو لا، على رواية الطحاوي العبرة للجرح نفسه حديداً كان أو غيره، قال في الينابيع: وهذه الرواية أصح اهـ وظاهر صنيع الزيلعي اختيار هذه الرواية، قال الولوالجي: رجل ضرب رجلاً بإبرة وما أشبهه فمات فلا قود عليه، لأن مثل هذا لا يقصد به القتل عادة، هكذا ذكر في العيون فقتل العمد هو الموجب للقصاص «لقوله عليه الصلاة والسلام: العمد قود» أي موجب قتل العمد القود وقتل العمد ما تعمد ضربه بسلاح، أو ما هو في معنى السلاح

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الديات (٢٦٦٧).

يشترط في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره في ظاهر الرواية، وأما وجوب المأثم فلقوله تعالى: ﴿من يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها﴾ [النساء: ٩٣] الآية، وقال ﷺ: «سباب المؤمن فسق وقتاله كفر»، وقال عليه الصلاة والسلام: «لزوال الدنيا أهون على الله تعالى من قتل امرئ مسلم»، وعليه إجماع الأمة، وأما وجوب القصاص فلقوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ [البقرة:١٧٨]، **وقوله تعالى**: ﴿**وكتبنا عليهم** فيها أن النفس بالنفس﴾ [المائدة: ٤٥]، والمراد به القتل العمد لأن الله تعالى أوجب الدية في القتل خطأ بقوله: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء: ٩٢] وقال عليه الصلاة والسلام: «العمد قود»[١]، ولأن القتل قصاصاً نهاية العقوبة فلا يشرع إلا إذا تناهت الجناية ولا تتناهى إلا بالعمد لأن الخطأ فيه شبهة العمدة فلا يوجب العقوبة المتناهية.

قال رحمه الله: (**إلا أن يعفى**) أي يجب القصاص عيناً إلا أن يعفو الأولياء

كالآلة التي تقطع وتجرح كليطة قصب وحجر له حدة، وكالنار وعمود حديد وسنجة حديد الصحيح أن عند أبي حنيفة لا يجب القصاص فيما يجرح اهـ وقال الإتقاني: عند قوله ومن ضرب رجلاً بمرٍّ فقتله قال الصدر الشهيد: وسنجات الميزان على اختلاف الروايتين أيضاً ثم قال: والأصح عنده الجرح أي عند أبي حنيفة وقد نقلت عبارة الإتقاني بتمامها عند قوله في الكنز: ومن قتله بمر فارجع إليها إن شئت والله الموفق اهـ قوله: على اختلاف الروايتين أيضاً هما ظاهر الرواية، ورواية الطحاوي اهـ **قوله**: (**وقوله تعالى**: ﴿**وكتبنا عليهم فيها إلى آخر الآية**﴾ [**المائدة: ٤٥**])، وقوله تعالى: ﴿ولكم في القصاص حياة﴾ [البقرة: ١٧٩]، وشرائع من قبلنا تلزمنا على أنه شريعة رسولنا ما لم يثبت نسخها، وقال تعالى: ﴿ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً﴾ [الإسراء: ٣٣]، والسلطان القتل بدلالة قوله تعالى: ﴿فلا يسرف في القتل﴾ [الإسراء: ٣٣]، وإنما قيدناه بالعمد، وإن كانت النصوص مطلقة لأن القصاص عقوبة محضة فيجب أن يكون سببها أيضاً جناية محضة، وهو العمد وهذا لأن الخطأ فيه معنى الإباحة أو «لقوله عليه الصلاة والسلام: العمد قود» أي حكم العمد قود اهـ إتقاني. (فرع) ثم إنما يجب القصاص في العمد إذا كان القاتل من أهل العقوبة بأن كان عاقلاً بالغا مخاطباً مسلماً كان أو كافراً ذكراً كان أو أنثى حراً كان أو عبداً، والمقتول معصوم الدم عصمة أبدية وليس بينهما شبهة ملك ولا شبهة الولادة، أي لا يكون ولده وإن سفل وأن لا يكون مملوكه فإنه يجب على القاتل القصاص ويقتص بالسيف ولا يقتل بما قتل به لأن المماثلة في القصاص ليس بشرط عندنا وعند الشافعيّ يقتل بما قتل به كذا في شرح الطحاوي اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**إلا أن**

---

(١) أخرجه النسائي في القسامة (٤٥٣٩) بنحوه، وأبو داود في الديات (٤٥٣٩).

فيسقط القصاص بعفوهم فلا يجب شيء إن كان العفو بغير بدل، وإن كان ببدل يجب المشروط بالصلح لا بالقتل، وقال الشافعي رحمه الله: الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختيار الولي، وفي قول عنه أن الواجب هو القود عيناً لكن للولي حق العدول إلى المال من غير رضا القاتل لقوله ﷺ: «من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يقتل، وإما أن يودي»[١]، وقال عليه الصلاة والسلام: في خطبته يوم فتح مكة «فمن قتل له بعد مقالتي قتيل فأهله بين خيرتين بين أن يأخذوا العقل وبين أن يقتلوا»[٢]، وهذا نص على التخيير ولأن حق العبد شرع جابراً وفي كل واحد منهما نوع جبر فيتخير في تعيين الواجب كالكفارات أو في العدول إلى المال بعد الوجوب **كالمثلي المنقطع** فلا يحتاج فيه إلى رضاه لتعينه مدفعاً للهلاك وهو بامتناعه متعنت وملق نفسه في التهلكة فيحجر عليه، كالمضطر إذا وجد مال الغير ومعه ثمنه فإنه يتعرّض له شرعاً، والآدمي قد يضمن بالمال كما في الخطأ، ولنا ما تلونا **وما روينا** والمراد به القتل العمد على ما بينا والألف واللام في قوله عليه الصلاة والسلام: «العمد قود»[٣] للجنس لعدم العهد فيقتضي أن جنس العمد موجب للقود لا المال ومن جعله موجباً للمال فقد زاد عليه وهو لا يجوز، وإلى هذا المعنى أشار ابن عباس رضي الله عنهما بقوله: «العمد قود لا مال فيه» ولأن المال لا يصلح موجباً لعدم المماثلة بينه وبين الآدمي صورة ومعنى إذ الآدمي خلق مكرماً ليتحمل التكاليف ويشتغل بالطاعة وليكون خليفة الله تعالى في الأرض والمال خلق لإقامة مصالحه ومبتذلاً له في حوائجه فلا يصلح جابراً وقائماً مقامه والقصاص يصلح للتماثل صورة لأنه قتل بقتل، وكذا معنى لأن المقصود بالقتل الانتقام والثاني فيه كالأول، ولهذا

يعفي) تقدّم في باب المستأمن من كتاب السير متناً وشرحاً أنه من قتل مسلماً الأولى له أو حربياً جاءنا بأمان فأسلم فإن كان خطأ فديته على عاقلته للإمام وإن كان عمداً يجب عليه القصاص أو الدية ينظر فيهما الإمام فأيهما رأى أصلح فعل، ولا يجوز العفو مجاناً اهـ فليراجع ذلك اهـ قوله: أو الدية أي إذ رضي بها القاتل اهـ **قوله: (كالمثلي المنقطع)** يعني إذا وجب في ذمته مثليّ بغصب أو غيره ثم انقطع عن أيدي الناس فإن الطالب يخير إن شاء عدل إلى القيمة في الحال، وإن شاء صبر إلى أن يجيء المثل اهـ من خط الشارح **قوله: (وما روينا)** وهو قوله ﷺ: «العمد قود» اهـ

---

(١) أخرجه البخاري في الديات (٦٨٨٠)، ومسلم في الحج (١٣٥٥)، والنسائي في القسامة (٤٧٨٥)، وأبو داود في الديات (٤٥٠٥).

(٢) أخرجه الترمذي في الديات (١٤٠٦)، وأبو داود في الديات (٤٥٠٥)، وأحمد في مسنده (٢٦٦١٩).

(٣) تقدم تخريجه.

سمي قصاصاً وبه يحصل منفعة الأحياء لكونه زاجراً لا يأخذ المال فتعين/ موجباً لا [٢٢٨/ ٣/١] المال ولهذا يضاف ما وجب من المال في قتل العمد إلى الصلح، ألا ترى إلى قوله ﷺ: «لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً، ولو كان القتل عمداً موجباً للمال لما أضافه إلى الصلح»، ولا يعارض بقوله: لا تعقل العاقلة عمداً لأن المراد به ما لا يمكن القصاص فيه من الجراحات فيما دون النفس وفي الصلح ما يمكن في النفس وغيره وبه يستقيم، والمراد بما روي والله أعلم ثبوت الخيار للولي عند إعطاء القاتل الدية وتخييره لا ينافي رضا الآخر في غير الواجب، وهذا كما يقال: للدائن خذ بدينك إن شئت دراهم، وإن شئت دنانير، وإن شئت عروضاً، ومعلوم أنه لا يأخذ غير حقه إلا برضا المدين، وهذا سائغ في الكلام، ألا ترى إلى قوله عليه الصلاة والسلام: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك»[(١)]، أي لا تأخذ إلا سلمك عند المضي في العقد ولا تأخذ إلا رأس مالك عند التفاسخ فخيره، ومعلوم أنه لا يأخذ رأس ماله إلا برضا الآخر لأن الفسخ لا يتم إلا باتفاقهما، فإذا كان المراد بالحديث ذلك أو احتمله لا تبقى حجة له، والذي يدل على ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: كان القصاص في بني اسرائيل ولم تكن الدية فقال عز وجل هذه الآية: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى الحرّ بالحرّ والعبد بالعبد إلى قوله: فمن عفي له من أخيه شيء﴾ [البقرة: ١٧٨]، والعفو في أن يقبل الدية في العمد ذلك تخفيف من ربكم مما كان كتب على من كان قبلكم فأخبر أن بني اسرائيل لم تكن فيهم دية، أي كان ذلك حراماً عليهم أخذه عوضاً عن الدم أو يتركوه حتى يسفكوا الدماء فخفف الله تعالى عن هذه الأمة ونسخ ذلك بقوله تعالى: ﴿فمن عفي له من أخيه شيء﴾ [البقرة: ١٧٨] الآية، ونبه النبي ﷺ على هذه الجهة بل بينها بقوله: من قتل له قتيل فهو بالخيار بين أن يقتص أو يعفو أو يأخذ الدية التي أبيحت لهذه الأمة وجعل لهم أخذها إذا أعطوها وعن أنس بن مالك أن عمته الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فقال عليه الصلاة والسلام: «حين اختصمو إليه كتاب الله القصاص»[(٢)]، ولم يخير ولو كان المال واجباً به لخير إذ من وجب له أحد الشيئين على الخيار لا يحكم له بأحدهما معيناً، وإنما يحكم له بأن يختار أيهما شاء، والذي يحققه أن الولي لو عفا عن القصاص قبل اختياره القصاص صح عفوه ولو لم يكن هو الواجب بالقتل لما صح عفوه قبل تعينه باختياره، إذ العفو عن الشيء قبل وجوبه باطل فإذا كان القصاص هو

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري في الصلح (٣٧٠٣)، والنسائي في القسامة (٤٧٥٧)، وأبو داود برقم (٤٥٩٥)، وابن ماجه في الديات (٢٦٤٩)، وأحمد في مسنده (١١٨٩٣).

الواجب الأصلي لا ينفرد الولي بالعدول عنه إلى المال بدلاً عنه، لأنه معاوضة ولا يجبر أحد على المعاوضة كما في سائر الحقوق، ولهذا لو ترك الولي القصاص بمال آخر غير الدية كالدار أو نحوها من الأعيان لا يجبر القاتل على الدفع وإن كان فيه إحياء نفسه، ولا نسلم أن المضطر الذي ذكره يجبر على الشراء بحيث يدخل في ملكه من غير رضاه، وإنما نقول: يأثم إذا ترك الشراء مع القدرة عليه ومات وكذا نقول هنا أيضاً: يأثم إذا لم تخلص نفسه مع القدرة عليه، وقوله: والآدمي قد يضمن بالمال كما في الخطأ قلنا: وجوب الضمان في الخطأ ضرورة صون الدم عن الإهدار لا باعتبار أنه مثل له، وهذا لأنه لما تعذر العقوبة وهو القصاص لعدم الجناية صير إليه لصون الدم، ولولا ذلك لتخاطأ كثير من الناس وأدّى إلى التفاني، ولأن النفس محترمة فلا تسقط حرمتها بعذر التخاطؤ كما في المال فيجب المال صيانة لها عن الإهدار، ولا يقال وجوب القصاص لا ينافي وجوب المال ولا العدول إليه من غير رضا الجاني، ألا ترى أن رجلاً لو قطع يد رجل وهي صحيحة ويد القاطع شلاء فالمقطوع يده بالخيار إن شاء أخذ الأرش، وإن شاء قطع يده الشلاء، وكذا لو عفا أحد الأولياء بطل حق الباقين في القصاص ووجب لهم الدية ولولا/ أنه وجب بالجناية لما وجب بغير [٢٢٨ ب/٣] رضاهم لأنا نقول: إنما كان لهم ذلك لتعذر استيفاء حقهم كملاً، وكلامنا مع القدرة على الاستيفاء فلا يلزمنا.

قال رحمه اللّه: (**لا الكفارة**) أي لا تجب الكفارة بقتل العمد، وقال الشافعي رحمه اللّه تجب اعتباراً بالخطأ بل أولى لأنها شرعت لمحو الإثم وهو في العمد أكبر فكان أدعى إلى إيجابها، ولنا أن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة فلا بد من أن يكون سببها أيضاً دائراً بين الحظر والإباحة لتعلق العبادة بالمباح والعقوبة بالمحظور وقتل العمد كبيرة محض فلا تناط به كسائر الكبائر مثل الزنا والسرقة والربا، ولا يمكن قياسه على الخطأ لأنه دونه في الإثم فشرعه لدفع الأدنى لا يدل على دفع الأعلى ولأن في قتل العمد وعيداً محكماً، ولا يمكن أن يقال: يرتفع الإثم فيه بالكفارة مع وجود التشديد في الوعيد بنص قاطع لاشبهة فيه ومن ادّعى غير ذلك كان تحكماً منه بلا دليل، ولأن الكفارة من المقدرات فلا يجوز إثباتها بالقياس على ما عرف في موضعه، ولأن قوله تعالى: ﴿فجزاؤه جهنم﴾ الآية [النساء: ٩٣] كل موجبه هو مذكور في سياق الجزاء للشرط فتكون الزيادة عليه نسخاً ولا يجوز بالرأي.

قال رحمه اللّه: (**وشبهه** وهو أن يتعمد ضربه بغير ما ذكر الإثم والكفارة ودية

قوله في المتن: (لا الكفارة) ولو عفا الولي عن نصف القصاص يسقط الكل ولا ينقلب الباقي مالاً اهـ قنية. **قوله في المتن: (وشبهه)** قال الكرخي في مختصره: قال محمد في

مغلظة على العاقلة لا القود) أي موجب القتل شبه العمد الإثم والكفارة على القاتل والدية المغلظة على العاقلة ولا يوجب القصاص، وقوله: وهو أن يتعمد ضربه بغير ما ذكر أي بغير ما ذكر في العمد، والذي ذكر في العمد هو المحدد وغيره هو الذي لا حد له من الآلة كالحجر والعصا وكل شيء ليس له حد يفرّق الأجزاء، وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقالا: إذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالباً وبه قال الشافعي رحمه اللّه، وإنما سمي هذا النوع بشبه العمد لأن فيه قصد الفعل لا القتل فكان عمداً باعتبار نفس الفعل وخطأ باعتبار القتل لهم أن معنى العمدية يتقاصر باستعمال آلة لا تقتل غالباً لأنه يقصد به التأديب أو إتلاف العضو لا القتل، فكان شبه عمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لأنه يقصد به القتل كالسيف فكان عمداً فيجب القود، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام «رض بين حجرين رأس يهودي رض رأس صبي بين حجرين»[1]، وكذا «قتل المرأة التي قتلت امرأة بمسطح»[2] وهو عمود الفسطاط، ولأبي حنيفة رحمه اللّه قوله عليه الصلاة والسلام: «ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا والحجر وفيه دية مغلظة مائة من الإبل منها أربعون خلفة في بطونها أولادها»[3]، وبإطلاقه يتناول العصا الكبيرة والكلام في مثلها ولأن قصد القتل أمر مبطن لا يعرف إلا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة الموضوعة له على ما بينا، وهذه الآلة لا تصلح

كتاب الأصل شبه العمد ما تعمد ضربه في العصا أو السوط أو الحجر أو اليد وروى الحسن عن أبي حنيفة في رجل ضرب رجلاً بعصا فقتله إن ذلك شبه العمد، وكذا لو رماه بحجر فشجه، وكذا لو ضربه بصخرة أو عود، وكذا لو وكزه أو وجأه فمات من وجأته، أي عضه فمات من عضته فذلك كله شبه العمد، قال أبو الحسن: وتغلظ الدية في شبه العمد في الإبل إذا فرضت الدية فيها فأما غير الإبل فلا يغلظ فيها إلى هنا لفظ الكرخي، وقال القدوري في شرحه: وأما شبه العمد عند أبي حنيفة أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا يجري مجرى السلاح في تفريق الأجزاء، وقال أبو يوسف ومحمد: أن يتعمد الضرب بآلة لا يقتل بمثلها في الغالب وهو قول الشافعي: وقال في شرح الطحاوي: وأما شبه العمد فهو

---

(١) أخرجه البخاري في الخصومات (٢٤١٣)، والترمذي في كتاب الديات (١٣٩٤)، والنسائي في القسامة (٤٧٤١) بنحوه، وأبو داود في الديات (٤٥٢٩).

(٢) أخرجه النسائي في القسامة (٤٧٣٩)، وأبو داود في الديات (٤٥٧٢)، وابن ماجه في الديات (٢٦٤١)، وأحمد في مسنده (٣٤٢٩)، والدارمي في الديات (٢٣٨١).

(٣) أخرجه النسائي في القسام (٤٧٩٥)، وابن ماجه في الديات (٣٦٢٧)، وأحمد في مسنده (٦٤٩٧).

دليلاً على قصد القتل لأنها غير موضوعة له ولا مستعملة فيه إذ لا يمكن القتل بها على غفلة منه ولايقع القتل بها غالباً فقصرت العمدية لذلك فصار كالعصا الصغيرة، وهذا لأن ما يوجب القصاص وهو الآلة المحددة لا يختلف بين الصغير منها والكبير لأن الكل صالح للقتل بتخريب البنية ظاهراً وباطناً فكذا ما لا يوجب القصاص وجب أن يستوي بين الصغير منه والكبير حتى لا يوجب الكل القصاص، لأنه غير معدّ للقتل ولا صالح له لعدم نقص البنية ظاهراً فكان في قصده القتل شك لما فيه من قصور والقصاص نهاية في العقوبة فلا يجب مع الشك، وما رووه من رض اليهودي يحتمل أنه عليه الصلاة والسلام علم أن اليهودي كان قاطع الطريق فإن قاطع الطريق إذا قتل بعصا أو سوط أو غيره بأي شيء كان يقتل به حداً، أو يحتمل أنه جعله كقاطع الطريق **لكونه ساعياً في الأرض** بالفساد فقتله حداً/ [٢٢٩/أ ٣] كما يقتل قاطع الطريق، فإن ذلك جائز أن يلحق به على ما بينا في قطاع الطريق، وأما حديث المرأة فقال عبيد بن **فضيلة** عن المغيرة بن شعبة: أن امرأتين ضربت إحداهما الأخرى بعمود الفسطاط فقتلها فقضى رسول الله ﷺ بالدية على عصبة القاتلة وقضى فيما في بطنها بغرّة «فقال الأعرابي: أغرّم من لا طعم ولا شرب ولا صاح ولا استهل» ومثل ذلك بطل فقال: أسجع **كسجع الأعرابي**، وفي رواية قال: هذا من إخوان الكهان من أجل سجعه فعلم بذلك أن ماروه غير صحيح والذي يدلك على ذلك أن الراوي لذلك حمل بن مالك على زعمهم، فإنهم قالوا: قال حمل بن مالك: «كنت بين بيتي امرأتين فضربت إحداهما الأخرى بمسطح فقتلتها وجنينها فقضى رسول الله ﷺ في جنينها بغرة وأن تقتل بها»[1] هكذا رووه، وقال ابن المسيب وأبو سلمة: عن أبي هريرة «اقتتلت امرأتان من هذيل فضربت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فقضى أن دية جنينها عبد أو وليدة وقضى بدية المرأة على

أن يضرب بشيء الغالب فيه الهلاك كمدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحوه فإذا قتله به فهو شبه العمد عند أبي حنيفة، وعندهما هو عمد، فأما إذا تعمد قتله بعصا صغيرة أو بحجر صغير أو بليطة وكل ما لا يكون الغالب فيه الهلاك كالسوط ونحوه فهذا شبه العمد بالإجماع، وإذا تابع الضرب حتى مات فهو شبه العمد عند أبي حنيفة، وعندهما هو عمد إلى هنا لفظ شرح الطحاوي اهـ إتقاني. **قوله**: (**لكونه ساعياً في الأرض بالفساد**) سيجيء عند قوله وإنما يقتص بالسيف في الباب الذي يلي هذا أن قاطع الطريق يقتل بأي شاء رآه الإمام اهـ **قوله**: (**فضيلة**) هكذا هو في نسخ بالفاء والذي بخط الشارح نضيلة فليحرر اهـ **قوله**: (**كسجع الأعرابي**) كذا بخط الشارح، وفي بعض النسخ الأعراب

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الديات (٢٦٤١)، وأحمد في مسنده (٣٤٢٩).

عاقلتها وورثها ولدها فقال حمل بن مالك بن النابغة الهذلي يا رسول اللّه كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل ومثل ذلك بطل فقال عليه الصلاة والسلام: هذا من إخوان الكهان»(١)، وهذا هو المشهور عن حمل بن مالك، فكيف يتصوّر أن يصح عنه خلاف ذلك ثم لا فرق عند أبي حنيفة رحمه اللّه بين أن يموت بضربة واحدة وبين أن يوالى عليه ضربات حتى مات كل ذلك شبه عمد لا يوجب القصاص واختلفوا على قولهما في الموالاة، وقال الشافعي رحمه اللّه: يصير عمداً بها فيوجب القصاص ولو ألقاه من جبل أو سطح **أو غرقه في الماء أو خنقه** حتى مات كل ذلك شبه عمد عنده، وعندهما عمد، وإنما كان إثماً يشبه العمد لأنه ارتكب محرّم دينه قاصداً له، وإنما وجبت الكفارة به لأنه خطأ من وجه فيدخل تحت النص على الخطأ، وذكر صاحب النهاية أن صاحب الإيضاح قال في الإيضاح: وجدت في كتب بعض أصحابنا أن لا كفارة في شبه العمد على قول أبي حنيفة رحمه اللّه، فإن الإثم كامل متناه وتناهيه يمنع شرعية الكفارة لأن ذلك من باب التخفيف وجوابه على الظاهر أن نقول: إنه آثم إثم الضرب لأنه قصده لا إثم القتل لأنه لم يقصده، وهذه الكفارة تجب بالقتل وهو فيه مخطىء ولا تجب بالضرب، ألا ترى أنها لاتجب بالضرب بدون القتل وبعكسه تجب فكذا عند اجتماعهما يضاف الوجوب إلى القتل دون الضرب، وأما وجوب الدية به فلما روينا وإنما وجبت على العاقلة لأنه خطأ من وجه على ما بينا فيكون معذوراً فيستحق التخفيف لذلك، ولأنها تجب بنفس القتل فتجب على

فليحرر اهـ **قوله: (أو غرقه في الماء أو خنقه)** سيأتي حكم الخنق والتغريق في المتن في الباب الآتي واللّه الموفق اهـ وكتب ما نصه قال الولوالجي رحمه اللّه: ولو طرحه في بئر أو من ظهر جبل أو سطح لم يقتص منه عند أبي حنيفة وعندهما الجواب على التفصيل إن كان ذلك بحيث يقتل غالباً يجب القصاص، ويكون عمداً وإن كان لا يقتل غالباً لا يجب القصاص ويكون خطأ العمد اهـ (فرع) في مسألة السم ولو سقاه سماً حتى مات فهذا على وجهين إن دفع إليه السم حتى أكل ولم يعلم به فمات لا يجب القصاص ولا الدية ويحبس ويعزر، ولو أوجره إيجاراً تجب الدية على عاقلته وإن دفع إليه في شربه فشرب ومات لا تجب الدية لأنه شرب باختياره، إلا أن الدفع خدعة فلا يجب إلا التعزير والاستغفار اهـ قاضيخان وفي المجرد لو قمط رجلاً وألقاه في البحر فرسب وغرق كما ألقاه تجب الدية في قول أبي حنيفة، ولو سبح ساعة ثم غرق فلا شيء عليه لأنه غرق بعجزه، وفي الأول بطرحه في الماء اهـ قاضيخان. قوله: لا يجب القصاص ولا الدية أي ويرثه اهـ ظهيرية. **قوله في المتن:**

---

(١) أخرجه البخاري في الديات (٦٩٠٨)، والنسائي في القسامة (٤٨٢٠)، وأحمد في مسنده (٢٢٢٧٢).

العاقلة كما في الخطأ ولهذا أوجبها عمر رضي اللّه عنه في ثلاث سنين ويتعلق بهذا القتل حرمان الميراث كالخطأ بل أولى لأنه جزاء الفعل وهو أولى بالمجازاة لوجود القصد منه إلى الفعل فحاصله أنه كالخطأ إلا في حق الإثم وصفة التغليظ في الدية على ما نبين من بعد إن شاء اللّه تعالى.

قال رحمه اللّه: (**والخطأ** وهو أن يرمي شخصاً ظنه صيداً أو حربياً فإذا هو مسلم أو غرضاً فأصاب آدمياً أو ما جرى مجراه كنائم انقلب على نصل فقتله الكفارة والدية على العاقلة) أي موجب قتل الخطأ وموجب ما جرى مجرى الخطأ الكفارة والدية على العاقلة، وقوله: وهو أن يرمي شخصاً إلخ تفسير لنفس الخطأ فإنه على نوعين خطأ في القصد وخطأ في الفعل، وقد بين النوعين بقوله: وهو أن يرمي شخصاً ظنه صيداً أو حربياً فإذا هو مسلم تفسير للخطأ في القصد لأنه لم يخطئ في الفعل حيث أصاب ما قصد رميه، وإنما/ أخطأ في القصد أي في الظن حيث [ظن الحربي مسلماً](١) والآدمي صيداً، وقوله: أو غرضاً فأصاب آدمياً أي أو رمى غرضاً فأصاب آدمياً وهذا بيان للخطأ في الفعل دون القصد فيكون معذوراً إذ اختلف المحل **بخلاف ما لو تعمد بالضرب موضعاً من جسده** فأصاب موضعاً آخر منه حيث يجب القصاص، لأن المحل لم يختلف لوجود قصد الفعل منه والقتل، إذ جميع البدن منه كمحل واحد فيما يرجع إلى مقصوده فلا يعذر، وإنما صار الخطأ نوعين لأن الإنسان يتصرف بفعل القلب والجوارح فيحتمل في كل واحد منهما الخطأ على الانفراد كما ذكر أو على الاجتماع بأن رمى آدمياً يظنه صيداً فأصاب غيره من الناس، وقوله: كنائم انقلب على رجل بيان لما جرى مجرى الخطأ لأن هذا ليس بخطأ حقيقة لعدم قصد النائم إلى شيء حتى يصير مخطئاً لمقصوده، ولما وجد فعله حقيقة وجب عليه ما أتلفه كفعل الطفل فجعل كالخطأ لأنه معذور كالمخطئ، وإنما كان حكم المخطئ ما ذكره لقوله تعالى فيه: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله﴾ وقد قضى بها عمر رضي اللّه عنه ثلاث سنين بمحضر من الصحابة رضي اللّه عنهم من غير نكير فصار إجماعاً، وقدر الدية وصفتها وما يجوز عتقه عن الكفارة وما لا يجوز نذكره في الديات إن شاء اللّه تعالى، وبهذا النوع من القتل لا يأثم إثم القتل، وإنما يأثم إثم ترك

(**والخطأ**) قال في شرح الطحاوي: وأما قتل الخطأ فهو أن يقصد مباحاً فيصيب محظوراً اهـ إتقاني. **قوله: (بخلاف ما لو تعمد بالضرب موضعاً من جسده إلخ)** في الذخيرة قصد أن يضرب يد رجل فأصاب عنقه فهو عمد وفيه القود، ولو أصاب عنق غيره فهو خطأ قال صاحب

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة في المطبوع.

التحرز والمبالغة في التثبت لأن الأفعال المباحة لا تجوز مباشرتها إلا بشرط أن لا يؤذي أحداً، فإذا آذى أحداً فقد تحقق ترك التحرز فيأثم ولفظة الكفارة تنبئ عن ذلك لأنها ستارة ولا ستر بدون الإثم.

قال رحمه الله: (والقتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه الدية على العاقلة لا الكفارة) أي موجب القتل بسبب الدية على العاقلة لا الكفارة، أما وجوب الدية به فلأنه سبب التلف وهو متعدّ فيه بالحفر فجعل كالدافع للملقى فيه فتجب فيه الدية صيانة للأنفس، فتكون على العاقلة لأن القتل بهذا الطريق دون القتل بالخطأ فيكون معذوراً فتجب على العاقلة تخفيفاً عنه، كما في الخطأ بل أولى لعدم القتل منه مباشرة، ولهذا لا تجب الكفارة فيه.

قال رحمه الله: (والكل يوجب حرمان الإرث إلا هذا) أي كل نوع من أنواع القتل الذي تقدّم ذكره من عمد وشبه عمد أو خطأ يوجب حرمان الإرث إلا القتل بسبب فإنه لا يوجب ذلك كما لا يوجب الكفارة، وقال الشافعي رحمه الله: هو ملحق بالخطأ في أحكامه.

قال رحمه الله: (وشبه العمد في النفس عمد فيما سواها) لأن إتلاف ما دون النفس لا يختص بآلة دون آلة فلا يتصوّر فيه شبه العمد، بخلاف النفس على ما بينا والذي يدلك على هذا ما روي «عن أنس بن مالك رضي الله عنه أن عمته الربيع **لطمت جارية** فكسرت ثنيتها فطلبوا إليهم العفو فأبوا، والأرش فأبوا، إلا القصاص فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فأمر رسول الله ﷺ بالقصاص **فقال أنس بن النضر**: أتكسر ثنية الربيع قال: والذي بعثك بالحق نبياً لا تكسر ثنيتها فقال رسول الله ﷺ: يا أنس كتاب الله القصاص فرضي القوم فعفوا فقال رسول الله ﷺ: إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره»(١). ووجه دلالته على ما نحن فيه أنا علمنا أن اللطمة لو أتت على النفس لا توجب القصاص، ورأيناها فيما دون النفس قد أوجبته بحكمه عليه الصلاة والسلام فثبت بذلك أن ما كان في النفس شبه عمد هو عمد فيما دونها ولا يتصور أن يكون فيه شبه عمد والله أعلم.

المجتبى: وبهذا تبين أن قصد القتل ليس بشرط لكونه عمداً اهـ كاكي. **قوله**: **(لطمت جارية)** أي من الأنصار اهـ غاية. **قوله**: **(فقال: أنس بن النضر)** أي عم أنس بن مالك اهـ قال الإتقاني: في أول باب القصاص فيما دون النفس اهـ

---

(١) تقدم تخريجه.

باب ما يوجب القود وما لا يوجبه

قال رحمه الله: (**يجب القصاص بقتل كل محقون الدم** على التأبيد عمداً) لما بيّنا وشرط أن يكون المقتول محقون الدم على التأبيد لتنتفي شبهة الإباحة عنه لأن القصاص نهاية في العقوبة فيستدعي/ الكمال في الجناية فلا يجب مع الشبهة، [٢٣٠/ ٣/١] واحترز بذلك عن المستأمن لأن دمه غير محقون على التأبيد.

قال رحمه الله: (**ويقتل الحرّ بالحرّ وبالعبد**) **وقال الشافعي** رحمه الله: لا يقتل الحرّ بالعبد لقوله تعالى: ﴿الحرّ بالحرّ والعبد بالعبد﴾ [البقرة: ١٧٨] فهذا يقتضي مقابلة الجنس بالجنس، ومن ضرورة المقابلة أن لا يقتل الحرّ بالعبد، ولأن القصاص

باب ما يوجب القود وما لا يوجبه

لما ذكر أنواع القتل وهي خمسة، ومن جملتها العمد وقد يوجب العمد القصاص وقد لا يوجبه شرع في بيان ذلك اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (يجب القصاص بقتل كل محقون الدم إلخ)** قال الإتقاني: والأصل في ثبوت القصاص الكتاب والسنة، قال الله عز وجل: ﴿ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً﴾ [الإسراء: ٣٣] السلطان القتل بدليل قوله: ﴿فلا يسرف في القتل﴾ [الإسراء: ٣٣] وقال تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾ [المائدة:٤٥] وقال عز وجل: ﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ [البقرة: ١٧٨] وقال تعالى: ﴿ولكم في القصاص حياة﴾ [البقرة:١٧٩] وقال ﷺ: «العمد قود»(١). ولا يقال: يرد قتل الأب ابنه عمداً إشكالاً على الكلي الذي ذكره فإنه لا يوجب القصاص، لأنا نقول: موجب ذلك القصاص أيضاً ولكن سقط لحرمة الأبوّة، وذلك عارض والكلام في الأصول لا في العوارض، ولهذا كان الابن شهيداً وإن كان تجب الدية لأنه انقلب مالاً للشبهة، وبه صرح في شرح الطحاوي في كتاب الصلاة اهـ إتقاني. كتب على قوله: محقون الدم حقن الدم منعه من أن يسفك اهـ **قوله في المتن: (ويقتل الحر بالحر وبالعبد)** قال قاضيخان: عبد قتل عمداً يجب القصاص ويكون الاستيفاء إلى المولى، ولو كان العبد بين رجلين أو ثلاثة فولاية الاستيفاء لهم جميعاً لا ينفرد أحدهم به فإن عفا أحدهم ينقلب حق الباقين مالاً إلى القيمة كما ينقلب في الحرّ إلى الدية اهـ وكتب ما نصه قال أبو الحسن الكرخي في مختصره: وأجمع المسلمون على قتل الذكر بالأنثى والأنثى بالذكر، وعلى قتل العبد بالحر وذلك عندنا بقوله: النفس بالنفس واختلفوا في قتل الحر بالعبد وأجمع أصحابنا على قتل الحر بالعبد لعموم قوله: النفس بالنفس، ولقوله تعالى: ﴿من قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً﴾ [الإسراء: ٣٣]، والسلطان القود إلى هنا لفظ

---

(١) تقدم تخريجه.

يعتمد المساواة ولا مساواة بينهما إذ الحر مالك والعبد مملوك، والمالكية أمارة القدرة والمملوكية أمارة العجز، قال اللّه تعالى: ﴿ضرب اللّه مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾ [النحل: ٧٥]، فلا مساواة بينهم ولأن الحرية حياة والرق موت حكماً، ألا ترى أنه ينسب إلى معتقه بالولاء حتى يرثه لأنه أحياه به، ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرف العبد بالاتفاق مع أن الطرف أهون وأقل حرمة لكونه تبعاً للنفس فلأن لا يجب في النفس، وهي أعظم حرمة أولى بخلاف العكس لأنه تفاوت إلى نقصان فلا يمتنع كما في المسلم والمستأمن ولأن الرق أثر الكفر فيوجب شبهة الإباحة، كحقيقة الكفر فصار كالمستأمن، ولنا العمومات نحو قوله تعالى: ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾ [المائدة: ٤٥] وقوله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ [البقرة:١٧٨]، وقوله عليه الصلاة والسلام: «العمد قود»[1]، ولا يعارض بما تلا لأن فيه مقابلة مقيدة وفيما تلونا مقابلة مطلقة فلا يحمل على المقيد على أن مقابلة الحرّ بالحرّ لا تنافي مقابة الحرّ بالعبد لأنه ليس فيه إلا ذكر بعض ما شمله العموم على موافقة حكمه، وذلك لا يوجب تخصيص ما بقي ألا ترى أنه قابل الأنثى بالأنثى والذكر بالذكر ثم لا يمنع من ذلك مقابلة الذكر بالأنثى، وكذا لا يمنع مقابلةالعبد بالحرّ حتى يقتل به العبد بالإجماع فكذا بالعكس إذ لو منع ذلك لمنع العكس أيضاً وفي مقابلة الأنثى بالأنثى دليل على جريان القصاص بين الحرة والأمة، وفائدة هذه المقابلة في الآية على ما قال ابن عباس رضي اللّه عنهما: كانت بين بني النضير وبني قريظة مقاتلة فكانت بنو قريظة أقل منهم عدداً وكانت بنو النضير أشرف عندهم فتواضعوا على أن العبد من بني النضير بمقابلة الحر من بني قريظة والأنثى منهم بمقابلة الذكر من بني قريظة فأنزل اللّه تعالى الآية ردّاً عليهم وبياناً أن الجنس يقتل بجنسه على خلاف مواضعتهم من القبيلتين جميعاً فكانت اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس، **ولأنهما مستويان في العصمة** إذ هي بالدين عنده وبالدار عندنا وهي المعتبرة فيجري القصاص بينهما حسماً لمادة الفساد

الكرخي اهـ إتقاني. **قوله**: (**وقال الشافعي**) أي ومالك وأحمد بن حنبل اهـ إتقاني. (فرع) قال في المنار: والقصاص لا يضمن بقتل القاتل قال ابن فرشتا: يعني من قتل من عليه القصاص لا يضمن لمن له القصاص عندنا ويضمن عند الشافعي اهـ قال في شرح المغني للسراج: وإنما قيد بأن قاتل القاتل لا يضمن لولي القتيل لأنه يضمن لولي القاتل الدية إن خطأ، ويقتص منه إن كان عمداً كذا في الكافي للحاكم الشهيد اهـ **قوله**: (**ولأنهما مستويان**

---

(١) تقدم تخريجه.

وتحقيقاً لمعنى الزجر ولو اعتبرت المساواة في غير العصمة لما جرى القصاص بين الذكر والأنثى والقصاص يجب باعتبار أنه آدمي، ولم يدخل في الملك من هذا الوجه بل هو مبقى على أصل الحرية من هذا الوجه، ولهذا يقتل العبد بالعبد، وكذا يقتل العبد بالحر ولو كان مالاً لما قتل، وكذا عجزه وموته وبقاء أثر كفره حكمي فلا يؤثر ذلك في سقوط العصمة ولا يورث شبهة ولو أورث شبهة لما جرى القصاص بين العبيد بعضهم ببعض، ووجوب القصاص في الأطراف يعتمد المساواة في الجزء المبان بعد المساواة في العصمة ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء وفي النفس لا يشترط ذلك **حتى يقتل الصحيح بالزمن وبالمفلوج** ولا مساواة بين أطراف الحر والعبد إلا في العصمة فأظهرنا أثر الرق فيها دون النفس لما أن العبد من حيث النفس آدمي مكلف خلق معصوماً.

قال رحمه الله: **(والمسلم بالذمي)** وقال الشافعي رحمه الله: لا يقتل به **لما روى الشعبي عن حجيفة** قال: سألت علياً رضي الله تعالى عنه هل عندكم من رسول الله ﷺ علم غير القرآن قال: والذي فلق الحبة وبرأ النسمة ما عندنا من رسول الله ﷺ سوى القرآن وما في هذه الصحيفة قلت: وما في الصحيفة قال/ [٢٣٠ب/٣] : العقل وفكاك الأسير وأن لا يقتل مسلم بكافر، **وعن «قيس بن عباد** قال: انطلقت أنا والأشتر إلى علي فقلنا: هل عهد إليك رسول الله ﷺ عهداً لم يعهده إلى الناس عامّة قال: لا إلا ما

في العصمة) لأن للعبد نفساً معصومة على سبيل الكمال اهـ **قوله: (حتى يقتل الصحيح بالزمن وبالمفلوج)** أي والبصير بالأعمى والعالم بالجاهل والشريف بالخامل اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (والمسلم بالذمي)** قال الكرخي في مختصره: وأجمع أصحابنا على قتل المسلم بالكافر الذمي الذي يؤدّي الجزية وتجري عليه أحكام المسلمين وأنه لا يقتل مسلم بكافر غير ذمي، وإن كان مستأمناً في دار الإسلام وله عهد أو ميثاق وهو باقٍ على حكم دار الحرب لا تجري عليه أحكام المسلمين إلى هنا لفظ الكرخي وقال مالك والشافعي وأحمد: لا يقتل مسلم بكافر اهـ إتقاني. **قوله (لما روى الشعبي عن جحيفة)** كذا هو في نسخة قارئ الهداية وكذا هو في النسخة التي بخط شمس الدين الزراتيتي المقابلة على نسخة الشارح وصوابه عن أبي جحيفة، وقد ذكره على وفق الصواب الإتقاني وأبو جحيفة هذا هو وهب بن عبدالله السوائي ذكره مسلم في الكنى، وذكره بكنيته الإمام أبو جعفر الطحاوي في شرح الآثار وقد قلد العيني الشارح فقال: لما روى الشعبي عن جحيفة والصواب كما ذكرنا عن أبي جحيفة، وفي صحيح البخاري عن أبي جحيفة قال: سألت علياً هل عندكم شيء مما ليس في القرآن فقال: العقل وفكاك الأسير وأن لا يقتل مسلم بكافر اهـ فتنبه **قوله: (وعن قيس بن عباد)** بضم أوله وتخفيف الباء الموحدة القيسي الضبعي

كان في كتابي هذا فأخرج كتاباً من قراب سيفه فإذا فيه المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده» الحديث، ولأنه لا مساواة بينهما، لقوله تعالى: ﴿لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة﴾ [الحشر: ٢٠] ولأن الكفر يوجب النقصان، والكافر كالميت قال اللّه تعالى: ﴿أو من كان ميتاً فأحييناه﴾ [الأنعام: ١٢٢] ولا مساواة بين الميت من وجه وبين الحي من كل وجه بخلاف ما إذا قتل ذمي ذمياً ثم أسلم القاتل **حيث يقتل به** لوجود المساواة وقت القتل وهو المعتبر، ولأن الكفر مبيح للقتل في الجملة فأورث شبهة كالملك مبيح للوطء في الجملة ثم هو يورث شبهة في الأخت من الرضاع حتى لا يحد إذ وطئها بملك اليمين، ولنا ما تلونا من الكتاب وما روينا من السنة فإنه بإطلاقه يتناوله وقد صح عن عبد الرحمن بن البيلماني ومحمد بن المنكدر أن رسول اللّه ﷺ أتي برجل من المسلمين قد قتل معاهداً من أهل الذمة فأمر به فضرب عنقه، **وقال: أن أولى من وفى بذمّته** ولأن القصاص يعتمد المساواة في العصمة على ما بينا في العبد، وقد وجدت نظراً إلى الدار وإلى التكليف لأن شرط التكليف القدرة على ما كلف به، ولا يتمكن من إقامة ما كلف به إلا بدفع أسباب الهلاك عنه، وذلك بأن يكون محرّم التعرض، ولا نسلم أن الكفر مبيح بنفسه بل بواسطة الحراب، ألا ترى أن من لا يقاتل منهم لا يحل قتله كالشيخ الفاني والذراري وقد اندفع القتل عنهم بعقد الذمّة فكان معصوماً بلا شبهة، ولهذا يقتل الذمّي بالذمّي ولو كان في عصمته خلل لما قتل الذمي بالذمي كما لا يقتل المستأمن بالمستأمن وقد قال علي رضي اللّه عنه: «إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا»، وذلك بأن تكون معصومة بلا شبهة كالمسلم، ولهذا يقطع المسلم بسرقة مال الذمّي ولو كان في عصمته شبهة لما قطع كما لا يقطع في سرقة مال المستأمن لأن المال تبع للنفس، وأمر المال أهون من النفس فلما قطع بسرقته كان أولى أن يقتل بقتله لأن أمر النفس أعظم من المال، ألا ترى أن العبد لا يقطع بسرقة مال مولاه ويقتل بقتل مولاه لما ذكرنا، والذي يدلك على ما قلنا: أن الذمي لو قتل ذمّياً ثم أسلم القاتل قبل أن يقتل قتل به بالإجماع وهذا قتل مسلم بكافر فلولا أن المسلم يجب عليه القتل بقتل الذمّي ابتداء لما دام الوجوب لأن حالة البقاء في

اهـ اصابة. **قوله: (حيث يقتل به)** أي بالإجماع كما سيجيء في الصفحة الآتية اهـ **قوله: (فقال: أنا أولى من وفى بذمته)** قال في الفائق: التكافؤ التساوي أي تتساوى في القصاص والديات لا فضل فيها لشريف على وضيع والذمة الأمان ومنها سمي المعاهد ذمياً لأنه أومن على ماله ودمه للجزية، أي إذا أعطي أدنى رجل منهم، أماناً فليس للباقين إخفاره اهـ إتقاني. **قوله:**

مثل هذا معتبرة بالابتداء تعظيماً لأمر الدم، ألا ترى أن مسلماً لو جرح مسلماً فارتد المجروح والعياذ بالله ثم مات من الجرح سقط القصاص، وبعكسه لو جرح مرتدّ مرتداً ثم أسلم المجروح لا يجب القصاص لما ذكرنا ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده»، أي بكافر حربي ولهذا عطف ذو العهد وهو الذمي على المسلم تقديره لا يقتل مسلم، ولا ذو عهد بكافر حربي لأن الذمّي إذا قتل ذمّياً قتل به فعلم أن المراد به الحربي إذ هو لا يقتل به مسلم ولا ذمّي، ولا يقال: معناه لا يقتل ذو عهد مطلقاً أي لا يحل قتله فيكون ابتداء كلام، لأنا نقول: هذا لا يستقيم لوجهين: أحدهما أن ذو عهد مفرد وقد عطف على الجملة فيأخذ الحكم منها لأن المعطوف الناقص يأخذ الحكم من المعطوف عليه التامّ كما يقال: قام زيد وعمرو ويقال: قتل زيد بعمرو وخالد أي كلاهما قام أو قتل ولا يجوز أن يقدّر له خبر آخر/ [٣/١ ٢٣١]، والثاني أن المعنى يأبى ذلك لأن المراد بسوق الكلام الأوّل نفي القتل قصاصاً لنفي مطلق القتل فهكذا الثاني تحقيقاً للعطف إذ لا يجوز ذلك البتة في المفرد ولا يقال: معناه لا يقتل مسلم بكافر ولا بذي عهد أي لا يقتل بكافر حربي ولا بذمي لأنا نقول: لو أريد ذلك المعنى لكان لحناً إذ لا يجوز عطف المرفوع على المجرور فلا تجوز نسبته إلى رسول الله ﷺ لأنه أفصح العرب، ولا يقال: روى ذي عهد بالجر في بعض طرقه فيكون معطوفاً على الكافر فلا يدل على ما قلتم: لأنا نقول: إن صح ذلك هو جرّ للمجاورة لا للعطف عليه حتى يشاركه في الحكم، ومثله جائز قال الله سبحانه وتعالى: ﴿وامسحوا برؤوسكم وأرجلكم إلى الكعبين﴾ [المائدة: ٦]، بالجر للمجاورة وإن لم يشاركه في الحكم فحملناه عليه توفيقاً بين الروايتين على الوجه الجائز، وكذا الحديث الأوّل المراد به الكافر الحربي فالدليل عليه أن عبد الرحمن بن أبي بكر الصدّيق رضي الله عنه قال: حين قتل عمر مررت على أبي لؤلؤة ومعه الهرمزان فلما بعثهم ثاروا فسقط من بينهم خنجر له رأسان ممسكه في وسطه فانطلق عبيد الله بن عمر حين سمع ذلك من عبد الرحمن ومعه السيف حتى دعا الهرمزان، فلما خرج إليه قال: انطلق حتى ننظر إلى فرس لي ثم تأخر عنه حتى إذا مضى بين يديه علاه بالسيف فلما وجد مس السيف قال: لا إله إلا الله قال عبيد الله: ثم دعوت جفينة وكان نصرانياً فلما خرج إليّ علوته بالسيف فصلب بين عينيه ثم انطلق عبيد الله فقتل ابنة أبي لؤلؤة صغيرة فلما استخلف عثمان رضي الله عنه دعا المهاجرين والانأار فقال: **أشيروا إليّ في قتل هذا الرجل فتق في الدين ما فتق** فاجتمع

(أشيروا إلي في قتل هذا الرجل) يعني عبيد الله بن عمر اهـ قوله: **(فتق في الدين)** لفظة في

المهاجرون والأنصار فيه على كلمة واحدة يأمرونه بالشدّة عليه ويحثونه على قتله، وقال عمرو بن العاص رضي الله عنه لعثمان: «لقد عفاك الله من أن يكون بعدما بويعت **وأنما كان ذلك** قبل أن يكون لك على الناس سلطان فأعرض عنه وتفرق الناس على خطبة عمرو بن العاص، والهرمزان وجفينة كانا كافرين وأشار المهاجرون على قتل عبيد الله بهما فمحال أن يريد النبي ﷺ بالكافر الذمي، ثم يشير المهاجرون على قتل عبيد الله بالذمي وعلي فيهم»[1] وهو الراوي لهذا الحديث فثبت بذلك أن المراد به الحربي، ولا يقال: لعل عثمان أراد قتله ببنت أبي لؤلؤة لا بجفينة والهرمزان، لأنا نقول: لو أراد ذلك لبينه أنه يقتله بها لا بهما لأن الناس كانوا يقولون بين يديه: أبعدهما الله فمحال أن لا يبين ذلك مع هذا القول من الناس بين يديه فثبت بهذا أن المساواة من كل وجه لا تعتبر في وجوب القصاص بل تعتبر المساواة في العصمة، وقوله تعالى: ﴿لايستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة﴾ [الحشر: ٢٠] أي في الفوز يدل عليه قوله تعالى: ﴿أصحاب الجنة هم الفائزون﴾ [الحشر: ٢٠] ولا يلزم منه عدم الاستواء في العصمة لأن مثل هذا الكلام لا عموم له، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وما يستوي الأعمى والبصير﴾ [فاطر: ١٩] أن المنفي الاستواء في العمى والبصر لا في كل وصف ولهذا يجري القصاص بينهما لاستوائهما في العصمة، وكذا نقصان حال الكافر بكفره لا يزيل عصمته فلا عبرة به كسائر الأوصاف الناقصة كالجهل والفسق والأنوثة، ولا نسلم أن كفره مبيح للقتل بل حرابه هو المبيح وقد ذكرناه غير مرة بخلاف ما ذكر من الملك في الأخت من الرضاع فإنه مبيح للوطء، وإنما امتنع في الأخت المذكورة بعارض فأورثت شبهة.

قال رحمه الله: (ولا يقتلان بمستأمن) أي لا يقتل المسلم ولا الذمي بحربي دخل دارنا بأمان **لأن دمه غير محقون / على التأبيد** فانعدمت المساواة، وكذا كفره باعث [٢٣١ب/٣] على الحراب لقصده الرجوع إلى دار الحرب ويقتل المستأمن بالمستأمن قياساً لوجود المساواة بينهما ولا يقتل استحساناً لوجود المبيح.

قال رحمه الله: (والرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالأعمى وبالزمن

ليست في خط الشارح فليراجع الحديث اهـ **قوله: (ما فتق)** فتن الدين ما فتن اهـ من الشارح. **قوله: (وإنما كان ذلك)** أي قتل الهرمزان وجفينة وابنة أبي لؤلؤة اهـ **قوله: (لأن دمه غير محقون على التأبيد)** قال الإتقاني: ألا ترى أن المدة إذ مضت أخرجناه، ولا نمكنه من المقام بعد ذلك، وإذا وصل إلى مأمنه صار مباح الدم والمسلم محقون الدم على التأبيد

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣٣٨).

وناقص الأطراف وبالمجنون) يعني يقتل الرجل الصحيح بهؤلاء وهو معطوف على ما تقدّم من قوله، ويقتل الحرّ بالحرّ إلخ لا على ما يليه من قوله ولا يقتلان بمستأمن، وإنما جرى القصاص بينهم لوجود المساواة بينهم في العصمة والمساواة فيها هي المعتبرة في هذا الباب، لو اعتبرت المساواة فيما وراءها لانسدّ باب القصاص ولظهر الفتن والتفاني.

قال رحمه الله: (والولد بالوالد) لما تلونا وروينا من العمومات ولما ذكرنا في المعاني.

قال رحمه الله: **(ولا يقتل الرجل بالولد)** لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده»[1]، ولأن الوالد لا يقتل ولده غالباً لوفور شفقته فيكون ذلك شبهة في سقوط القصاص، ولأن الأب لا يستحق العقوبة بسبب ابنه لأنه تسبب لإحيائه فمن المحال أن يكون الولد سبباً لإفنائه، ولهذا لا يقتله إذا وجده في صف المشركين مقاتلاً أو زانياً وهو محصن، وهذا لأن القصاص يستحقه الوارث بسبب انعقد للميت خلافه، ولو قتل به كان القاتل هو الابن بنائبة.

قال رحمه الله: (والأم والجد والجدة كالأب) سواء كانوا من جهة الأب أو من جهة الأم لأنه جزؤهم فالنص الوارد في الأب يكون وارداً فيهم دلالة فكانت الشبهة شاملة للجميع في جميع صور القتل، وقال مالك رحمه الله: إن قتله ضرباً بالسيف فلا قصاص عليه لاحتمال أنه قصد تأديبه، وإن ذبحه ذبحاً فعليه القصاص لأنه عمد لا

والمعتبر في القصاص التساوي في حقن الدم ولم يوجد اهـ **قوله في المتن: (ولا يقتل الرجل بالولد)** قال الكرخي في مختصره: وأجمع أصحابنا أنه لا يقتل والد بولده، وإن سفل ولا جد من قبل الرجال ولا من قبل النساء وإن علا بولد الولد وإن سفل ولا والدة بولدها، ولا جدة من قبل الأب ولا من قبل الأم علت أو سفلت، ويقتل الولد بالوالد وقتل الولد بالوالد إجماع إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله، وقال محمد في كتاب الآثار: من قتل ابنه عمداً لم يقتل به ولكن الدية في ماله إلى ثلاث سنين يؤدي في كل سنة الثلث من الدية ولا يرث من والديه، لا من مال ابنه شيئاً ويرث أقرب الناس من الابن بعد الأب ولا يحجب الأب عن الميراث أحداً وهو في ذلك بمنزلة الميت وهو قول أبي حنيفة إلى هنا لفظ كتاب الآثار اهـ إتقاني. وارجع إلى الحاشية التي في أول الباب على قوله في المتن يجب القصاص إلخ اهـ وقال في المجمع: ولا والد وإن علا بولده وإن سفل ولم يقتصوا منه لو ذبحه ونوجب الدية في ماله في ثلاث سنين، لا في الحال اهـ وسيأتي في المتن في الديات ما نصه، وكل عمد

---

(١) أخرجه الترمذي في الديات (١٤٠٠)، وأحمد في مسنده (٩٩).

شبهة فيه ولا تأويل بل جناية الأب أغلظ لأن فيه قطع الرحم فصار كمن زنى بابنته حيث يحد كمن زنى بالأجنبية، والحجة عليه ما روينا وما بينا من المعنى وليس هذا كالزنا ببنته لأن الأب لوفور شفقته يتجنب ما يضر ولده بل يتحمل الضرر عنه حتى يسلم ولده، فهذا هو العادة الفاشية بين الناس فلا يتوهم أنه يقصد قتل ولده فإن وجد ما يدل على ذلك فهو من العوارض النادرة فلا تتغير بذلك القواعد الشرعية، ألا ترى أن السفر لما كان فيه المشقة غالباً كان له أن يترخص برخصة المسافرين فلا يتغير ذلك بما يتفق لبعضهم فيه من الراحة ولا كذلك الزنا.

قال رحمه الله: (**وبعبده ومدبره وبمكاتبه** وبعبد ولده وبعبد ملك بعضه) لما روينا **ولأنه لو وجب القصاص لوجب له** كما إذا قتله غيره ولا يجب على نفسه عقوبة، وكذا لا يستوجب ولده القصاص عليه على ما بينا والقصاص لا يتجزأ، فإذا سقط في البعض لأجل أنه ملك البعض **سقط في الكل لعدم التجزئ**.

قال رحمه الله: (وأن ورث قصاصاً على أبيه سقط) لما ذكرنا أن الابن لا يستوجب العقوبة على أبيه وصورة المسألة فيما إذا قتل الأب أخ امرأته ثم ماتت المرأة قبل أن يقتص منه فإن ابنها منه يرث القصاص الذي لها على أبيه فسقط لما ذكرنا وكذا إذا قتل امرأته ليس لابنه منها أن يقتله فيسقط القصاص.

قال رحمه الله: (وإنما يقتص بالسيف) وقال الشافعي رحمه الله: يفعل به مثل ما فعل في مثل تلك المرّة إن قتله بفعل مشروع ثم إن مات بذلك فبها وإن لم يمت حز رقبته لأن المعتبر في القصاص المساواة، ولهذا سمي قصاصاً، وإن قتله بفعل غير مشروع كاللواط وسقي الخمر اختلف مشايخهم فيه فقال بعضهم: يتخذ له مثل آلته من الخشب في اللواطة ويفعل به مثل ما فعل، ويسقى الماء في سقي الخمر ويمهل قدر تلك/ المدة فإن مات وإلا حز رقبته لأنه أمكن المماثلة بهذا الطريق، وقال [٣/٢ ٢٣٢] بعضهم: تحز رقبته ولا يفعل به مثل ما فعل لأنه غير مشروع بخلاف القتل بالحجر والسيف ونحوه لأنه مشروع، ألا ترى أن الرجم مشروع وهو بالحجر، وكذا قتال الكفار وهو بالسيف ونحوه واستدل على ذلك بما روي عن أنس رضي الله عنه «أن يهودياً رض رأس صبي بين حجرين فأمر رسول الله ﷺ أن يرض رأسه بين حجرين»[1]،

سقط قوده بشبهة كقتل الأب ابنه عمداً فديته في مال القاتل اهـ **قوله في المتن: (وبعبده ومدبره وبمكاتبه)** وأما المدبر والمكاتب فملكه باقٍ فيه فصار كالعبد اهـ إتقاني. **قوله: (ولأنه لو وجب القصاص لوجب له)** أي للمولى اهـ **قوله: (سقط في الكل لعدم التجزئ)** أي كالدم إذا كان بين شريكين فعفا أحدهما اهـ

---

(١) تقدم تخريجه.

ولقوله تعالى: ﴿ وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ﴾ [النحل:٢٦] ولأن فيه تحقيق القصاص الذي ينبئ عن المماثلة فيجب تحقيقاً للمساواة ذاتاً ووصفاً، ولنا ما رواه سفيان الثوري بإسناده عن النعمان قال: قال رسول الله ﷺ: «لا قود إلا بالسيف»(١)، والمراد به الاستيفاء لا وجوب القصاص بالقتل بالسيف فإنه يجب إذا قتل بغيره كالنار إجماعاً فدل ذلك على أن الاستيفاء لا يجوز بغيره، ولأنه قتل واجب فيستوفي بالسيف كقتل المرتد، وهذا لأن القتل المستحق لا يستوفي إلا بما لا يتخلف عنه الموت، ولو قطعت يده لا يموت إلا بالسراية وهي موهومة فلا يكون مشروعاً ولأنه مثلة وقد نهى النبي ﷺ عنها وقال عليه السلام: «إن الله عز وجل كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة، وليحدّ أحدكم شفرته وليرح ذبيحته فأمر النبي ﷺ بأن يحسنوا القتلة، وأن يريحوا ما أحل الله ذبحه من الأنعام»(٢) فما ظنك بالآدمي المكرم المحترم ولأن جابراً رضي الله عنه روى عن النبي ﷺ قال: «لا يستقاد من الجرح حتى يبرأ»(٣)، ولو كان يفعل به مثل ما فعل لم يكن للاستيناء معنى، لأنه يجب القطع برئ أو سرى فلما ثبت الاستيناء لينظر ما تؤول إليه الجناية علم أن المعتبر هو ما تؤول إليه الجناية إن سرت صارت قتلاً، ولا يعتبر الطرف معه فيستوفي القصاص عن النفس فقط كما قلنا فيما إذا كانت الجناية خطأ فإنه يستأني ولا يقضي بشيء في الحال، ثم إذا سرت ومات منها يجب عليه دية النفس لا غير لكون الأطراف تبعاً لها، فهذا يكشف لك ما ذكرنا من المعنى، وما رواه يحتمل وجهين: إما أن يكون مشروعاً ثم نسخ كما نسخت المثلة أو يكون اليهودي ساعياً في الأرض بالفساد فيقتل كما يراه الإمام ليكون أردع وهذا هو الظاهر ولأن قصد اليهودي كان أخذ المال، ألا ترى إلى ما يروى في الخبر عن أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال: «عدا يهودي على جارية فأخذ أوضاحاً كانت عليها»(٤) الحديث، وهذا شأن قطاع الطريق وهو يقتل بأي شيء شاء الإمام، ويؤيد هذا المعنى أنه عليه الصلاة والسلام قتل اليهودي، بخلاف ما كان قتل به الجارية فإنه «روى أبو قلابة عن أنس أن رجلاً من اليهود رضخ رأس الجارية على حلي لها فأمر به

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه مسلم في الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان (١٩٥٥)، والترمذي في الديات (١٤٠٩)، والنسائي في الضحايا (٤٤٠٥)، وأبو داود في الضحايا (١٨١٥)، وابن ماجه في الذبائح (٣١٧٠)، وأحمد في مسنده (١٦٦٦٤)، والدارمي في الأضاحي (١٩٧٠).

(٣) أخرج بنحوه أحمد في مسنده (٦٩٩٤).

(٤) تقدم تخريجه.

النبي ﷺ أن يرجم حتى قتل»[١] وأيضاً فإنه ما قتل إلا بقول الجارية أنه قتلني وبمثله لا يجب القصاص فعلم بذلك أنه كان مشهوراً بالسعي في الأرض بالفساد، والمراد بما تلا نفي الزيادة من جهة على ما روي عن ابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهم أنه لما قتل حمزة ومثل به قال رسول الله ﷺ: «لئن ظفرت بهم لأمثلن بسبعين رجلاً منهم فأنزل الله تعالى ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به، ولئن صبرتم﴾ الآية [النحل: ٢٦] فقال رسول الله ﷺ: بل نصبر»[٢] «فصبر وكفر عن يمينه»[٣]، وهذه مثلة أيضاً وهي أيضاً منسوخة.

قال رحمه الله: (مكاتب قتل عمداً وترك وفاء ووارثه سيده فقط أو لم يترك وفاء وله وارث يقتص) أما الأول وهو ما إذا ترك وفاء ولا وارث له غير المولى فالمذكور هنا قولهما، **وعند محمد رحمه الله لا يجب القصاص** لأن سبب الاستحقاق هنا قد اختلف على التقديرين/ لأن المولى يستحقه بالولاء إن مات حراً وبالملك إن [٢٣٢ب/٣] مات عبداً فاشتبه الحال فلا يستحق لأن اختلاف السبب كاختلاف المستحق فيسقط أصلاً، كما إذا كان له وارث غير المولى فصار كما لو قال لغيره: بعتني هذه الجارية بكذا، وقال المولى: زوّجتها منك لا يحل له وطؤها لاختلاف السبب، ولهما أن المولى هو المستحق للقصاص على التقديرين بيقين وهو معلوم، والحكم أيضاً متحد معلوم **فلا يفضي اختلاف السبب إلى المنازعة** ولا إلى اختلاف حكم فلا يضر مجرد اختلاف السبب لأن السبب لا يراد لذاته وإنما يراد لحكمه وقد حصل بخلاف المستشهد به لاختلاف حكم السببين فلا يدري بأيهما يحكم، **فلا يثبت الحكم بدون تعين السبب**، وأما الثاني وهو ما إذا لم يترك وفاء وله وارث غير المولى فلأنه مات رقيقاً لانفساخ الكتابة لموته لا عن وفاء فظهر أنه قتل عبداً عمداً فيكون القصاص للمولى، بخلاف معتق البعض إذا قتل ولم يترك وفاء حيث لا يجب القصاص لأن العتق في البعض لا ينفسخ بموته عاجزاً، ولأن الاختلاف في أنه يعتق كله أو بعضه

قوله: (وعند محمد لا يجب القصاص) ذكر في شرح الأقطع قول زفر كقول محمد اهـ غاية.
قوله: (فلا يفضي اختلاف السبب إلى المنازعة) أي كما إذا قال: لك عليَّ ألف من ثمن مبيع وقال المقر له: لا من قرض يجب الألف على المقر اهـ إتقاني. **قوله: (فلا يثبت الحكم بدون تعين الثمن)** يعني أن الحكم في تلك المسألة ليس بمتحد لأن حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح لأن الحل في النكاح مقصود وفي ملك اليمين تبع لا مقصود، فلما لم يتفقا

---

(١) أخرجه أبو داود في الديات (٤٥٢٨).
(٢) انظر شرح معاني الآثار (٣/١٨٣).
(٣) انظر شرح معاني الآثار (٣/١٨٣).

ظاهر فاشتبه المستحق فأورث ذلك شبهة كالمكاتب إذ قتل عن وفاء، وقوله: أو لم يترك وفاء وله وارث اشتراط الوارث وقع اتفاقاً فإنه إذا لم يكن له وارث أيضاً الحكم كذلك لموته رقيقاً، أو ذكر ذلك لينبه على أنه لا فرق بين أن يكون له وارث أو لم يكن بخلاف المسألة الأولى.

قال رحمه اللّه: (وإن ترك وفاء ووارثاً لا) أي لا يقتص **وهذا بالإجماع** وإن اجتمع المولى والوارث لاشتباه من له الحق لأنه إن مات حراً، كما قال عليّ وابن مسعود رضي اللّه عنهما: فالقصاص للوارث وإن مات عبداً **كما قال زيد بن ثابت: فالقصاص** للمولى.

قال رحمه اللّه: (وإن قتل عبد الرهن لا يقتص حتى يجتمع الراهن والمرتهن) لأن المرتهن لا يليه لعدم الملك وكذا الراهن لا يليه لما فيه من إبطال حق المرتهن في الدين لأنه لو قتل القاتل لبطل حق المرتهن في الدين لهلاك الرهن بلا بدل وليس للراهن أن يتصرف تصرفاً يؤدّي إلى بطلان حق الغير، وذكر في العيون والجامع الصغير لفخر الإسلام أنه لا يثبت لهما القصاص، وإن اجتمعا فجعلاه كالمكاتب الذي ترك وفاء ووارثاً ولكن الفرق بينهما ظاهر فإن المرتهن لا يستحق القصاص لأنه لا ملك له ولا ولاء فلم يشتبه من له الحق بخلاف المكاتب على ما بينا، وإن قتل العبد المبيع قبل القبض فالقصاص للمشتري إن أجاز البيع لأنه المالك وإن نقض فللبائع لأن البيع ارتفع وظهر أنه المالك وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقال أبي يوسف رحمه اللّه: كذلك إن أجاز البيع لما بينا وإن فسخ فلا قصاص للبائع لعدم ملكه عند الجناية فلم ينعقد موجباً له ووجبت له القيمة وعند محمد رحمه اللّه تجب القيمة في الوجيهن لاشتباه المستحق.

قال رحمه اللّه: (ولأبي المعتوه القود والصلح **لا العفو بقتل وليه**) أي إذا قتل

على أحد الحكمين لم يثبت الحل اهـ إتقاني. **قوله:** (**وهذا بالإجماع**) أي بإجماع علمائنا خلافاً للأئمة الثلاثة اهـ وكتب ما نصه لأن الجراحة وقعت والمستحق المولى لبقاء الرق، وحصل الموت والمستحق غير المولى فلما تغير المستحق صار شبهة في سقوط القصاص اهـ إتقاني. **قوله:** (**كما قال زيد بن ثابت فالقصاص إلخ**) فاختلاف الصحابة أورث شبهة في القصاص اهـ إتقاني. **قوله في المتن:** (**لا العفو بقتل وليه**) أراد بولي المعتوه قريبه كما إذا كان له ابن مثلاً، وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه اللّه في المعتوه يكون له أب فيقتل رجل ولي المعتوه عمداً، قال للأب: أن يقتل وأن يصالح وليس له أن يعفو، وكذلك إن قطعت يد المعتوه عمداً وكذلك الوصي في هذا كله إلا القتل فإنه ليس له أن يقتل إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير، قال فخر الإسلام البزدوي: وحاصل هذا

ولي المعتوه فلأبيه أن يقتل قصاصاً وله أن يصالح على مال وليس له أن يعفو، أما القتل فلأن القصاص شرع للتشفي ودرك الثأر وكل ذلك راجع إلى النفس ولأبيه ولاية على نفسه **فيليه كالإنكاح** بخلاف الأخ وأمثاله حيث لا يكون لهم ولاية استيفاء قصاص وجب للمعتوه لأن الأب لوفور شفقته جعل التشفي الحاصل له، كالحاصل للابن ولهذا يعد ضرر ولده ضرراً على نفسه بخلاف الأخ والعم، وأما الصلح فلأنه أنفع له من القود فلما ملك القود كان الصلح بالطريق الأولى، **هذا إذا صالح على قدر الدية أو أكثر منه** وإن صالح على أقل منه لا يصح وتجب الدية كاملة، وأما العفو فلأنه

الفصل أن الروايات اتفقت في الأب أن يستوفي القصاص في النفس وما دونها وأنه يصالح في البابين جميعاً، ولا يصح عفوه في البابين جميعاً واتفقت الروايات في الوصي أنه لا يملك استيفاء النفس وأنه يملك استيفاء ما دونها وأنه يملك الصلح فيما دونها ولا يملك العفو في البابين، وإنما اختلفت الروايات في الوصي في فصل واحد وهو صلحه في النفس على مال فقال: هاهنا أي في الجامع الصغير يصح صلحه وقال في كتاب الصلح: لا يصح اهـ إتقاني. **قوله: (فيليه كالإنكاح)** قال الإتقاني رحمه الله: (قال بعض الشارحين: في هذا الموضع كل من ملك الإنكاح لا يملك استيفاء القصاص، فإن الأخ يملك الإنكاح ولا يملك استيفاء القصاص فأقول هذا ليس بشيء لأن الأخ يملك استيفاء القصاص إذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالأب والابن وكذلك ملك الإنكاح إذا لم يكن ثمة ولي أقرب منه، فإذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الإنكاح أيضاً لأن من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض اللّه تعالى الذكر والأنثى في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره اهـ قال قارئ الهداية. ومن خطه نقلت، وللإتقاني في شرح الهداية هنا اعتراض وهو وهم منه اهـ ما كتبه على هامش شرح الزيلعي اهـ **قوله: (هذا إذا صالح على قدر الدية أو أكثر منه)** قال الإتقاني: قال بعضهم في شرحه: هذا إذا صالح على مثل الدية، أما إذا صالح على أقل من الدية لم يجز الحط، وإن قل ويجب كمال الدية ولنا فيه نظر لأن لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث جوّز صلح أبي المعتوه عن دم قريبه مطلقاً لأنه قال: وله أن يصالح من غير قيد بقدر الدية فينبغي أن يجوز الصلح على أقل من قدر الدية عملاً بإطلاقه، وإنما جاز صلحه على المال لأنه أنفع من المعتوه من القصاص، فإذا جاز استيفاء القصاص فالصلح أولى والنفع، ألا ترى أن الكرخي قال في مختصره: وإذا وجب لرجل على رجل قصاص في نفس أو فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز قليلاً كان المال أو كثيراً كان ذلك دون دية النفس أو أرش الجراحة أو أكثر وهو حال في مال الجاني، ولا يكون ذلك على عاقلته إلى هنا لفظ الكرخي اهـ ما قاله الإتقاني، وقد كتب قارئ الهداية على هامش الزيلعي حاشية. عند قوله: وإن صالح على أقل منه لا يصح وتجب الدية كاملة ونص الحاشية، وكذا اعتراض الإتقاني هنا

[٢٣٣/١ ر/٣] إبطال لحقه بلا عوض/ ولا مصلحة فلا يجوز، وكذلك إن قطعت يد المعتوه عمداً لما بينا، والوصي كالأب في جميع ما ذكرنا إلا في القتل فإنه لا يقتل لأن القتل من باب الولاية على النفس حتى لا يملك تزويجه، ويدخل تحت هذا الإطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف إذ لم يستثن إلا القود في النفس، وذكر في كتاب الصلح أن الوصي لا يملك الصلح في النفس لأن الصلح فيها بمنزلة الاستيفاء وهو لايملك الاستيفاء، ووجه المذكور هنا وهو المذكور في الجامع الصغير أن المقصود من الصلح المال والوصي يتولى التصرف فيه كما يتولى الأب بخلاف القصاص لأن المقصود التشفي وهو مختص بالأب، ولا يملك العفو لأن الأب لا يملكه لما فيه من الإبطال بل أولى، وقالوا: القياس أن لا يملك الوصي التصرف في الطرف كما لا يملكه في النفس لأن المقصود متحد وهو التشفي، وفي الاستحسان يملكه لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها خلقت وقاية للأنفس كالمال فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف فيه، **والقاضي بمنزلة الأب فيه** في الصحيح، ألا ترى أن من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه وهذا لا ولي له والصبي كالمعتوه فيه لما عرف في موضعه.

قال رحمه الله: (والقاضي كالأب **والوصي يصالح فقط** والصبي كالمعتوه) وقد بينا ذلك كله في أثناء الكلام.

في شرح الهداية وهم أيضاً اهـ **قوله**: (**والقاضي بمنزلة الأب فيه**) في الصحيح يملك الاستيفاء في النفس وفيما دون النفس، لأن له ولاية في النفس والمال جميعاً، ألا ترى أن أصحابنا قالوا: في رجل قتل عمداً ولا ولي له أن للسلطان أن يقتل قاتله وله أن يصالح، وكذلك إذا قتل اللقيط في قول أبي حنيفة ومحمد قال الفقيه أبو الليث: هذا إذا أدرك معتوهاً، وأما إذا أدرك عاقلاً ثم لحقه العته ففي قول زفر: لا ولاية للوصي في ماله ولا في نفسه، وفي قول أبي يوسف: حكمه وحكم الذي أدرك معتوهاً سواء اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**والوصي يصالح فقط**) تقدّم أن الأب يصالح عنه وهو النفس، وأما استيفاء الأب القصاص في الطرف والصلح عنه، فإن المصنف لم يذكره في الكنز ولكنه ذكره في الوافي فقال فيه ما نصه: لأبي المعتوه قود وصلح لا عفو بقتل وليه وقطع المعتوه ولم يذكر فيه حكم الوصي وذكره في شرحه الكافي، فقال: وكذلك الوصي بمنزلة الأب في جميع ما ذكرنا إلا القتل فإنه ليس له أن يقتل لأنه من باب الولاية على النفس، وليس له الولاية على نفسه ويندرج تحت هذ الإطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فإنه لم يستثن إلا القتل اهـ قلت: ويندرج تحت الإطلاق أيضاً الصلح عن الطرف ولعله إنما سكت عنه لظهوره، ولما كان المصنف في الكنز اقتصر على استيفاء الأب القصاص في النفس

قال رحمه الله: (وللكبار القود قبل كبر الصغار) يعني إذا كان القصاص مشتركاً بين الصغار والكبار بأن قتل لهم ولي جاز للكبار أن يقتلوا القاتل قبل أن يبلغ الصغار وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: ليس لهم ذلك حتى يبلغ الصغار لأنه مشترك بينهم لأن الكبار لا ولاية لهم على الصغار حتى يستوفوا حقهم، ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزئ ولا الكل لعدم الولاية عليهم، وفيه إبطال حقهم بغير عوض يحصل لهم فتعين التأخير إلى إدراكهم كما إذا كان معهم كبير غائب أو كان بين المولين وأحدهما صغير، بخلاف ما إذا عفا الكبيرحيث يصح **وإن بطل بذلك حقه** في القصاص لأن بطلانه بعوض فيجعل كلاً بطلان، **ولأبي حنيفة رحمه الله ما روي أن عبد الرحمن** بن ملحم حين قتل علياً رضي الله عنه قتل به، وقد كان في أولاد علي رضي الله عنهم صغار ولم ينتظر بلوغهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فحل محل الإجماع ولأنه حق لا يتجزأ لأن سببه وهو القرابة لا تتجزأ فثبت لكل واحد منهم كملاً كما في ولاية الإنكاح، ولهذ لو استوفاه بعض الأولياء لا يضمن شيئاً للقاتل ولو لم يكن له قتله لضمن كالأجنبي، وكذا

والصلح عنها ولم يذكر استيفاء الأب الطرف والصلح عنه ذكر ذلك الشارح بقوله، وكذلك إن قطعت يد المعتوه لما بينا ثم ذكر بعده قوله والوصي كالأب في جميع ما ذكرنا إلا في القتل إلخ تبعاً لصاحب الكافي واعلم أن المراد من قول الشارح ويدخل تحت هذا الإطلاق هو قوله، والوصي كالأب في جميع ما ذكرنا ولا يصح أن يراد منه إطلاق المصنف فإن استيفاء الأب الطرف والصلح عنه لم يذكر في الكنز كما قدمنا وينبغي أن يقرأ قول الشارح إذ لم يستثن بالبناء للمفعول لا للبناء للفاعل لأنه حينئذٍ يوهم أن يعود الضمير في يستثني على المصنف، وهو لم يذكر هذا الاستثناء في الكنز ولا في أصله الوافي نعم هو مذكور في الجامع الصغير للإمام محمد وكأنّ البدر العيني فهم من قول الشارح ويدخل تحت هذا الإطلاق أن المراد إطلاق المصنف في الكنز، فقال: ثم إطلاق قوله يشمل الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف اهـ وقد علمت غير مرة أن الكنز لم يذكر فيه استيفاء الطرف فلا وجه لما قاله العيني من الشمول فتنبه هذا ما ظهر لكاتبه اهـ **قوله: (وإن بطل بذلك حقه)** أي حق الصغير اهـ **قوله: (ولأبي حنيفة ما روي أن عبد الرحمن إلخ)** روي «عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه لما أصابه ابن ملجم قال: في وصيته أما أنت يا حسن فإن شئت أن تعفو فاعف، وإن شئت أن تقتص فاقتص بضربة واحدة وإياك والمثلة فلما مات عليّ قتل به، وفي ورثة عليّ صغار منهم العباس بن علي وكان له أربع سنين وذلك بحضرة الصحابة من غير نكير كذا في الأسرار»[1]، وقال محمد بن سعد في كتاب الطبقات

---

(١) لم أعثر عليه.

للباقين وكذا للصغار في مسألتنا بخلاف ما إذا كان معهم كبير غائب لأنه إنما لا يستوفيه بعضهم فيه مع غيبة شريكه الكبير لاحتمال العفو من الغائب، وفي الصغار احتمال العفو منقطع في الحال فافترقا، وبخلاف ما إذا كان بين المولين وأحدهما صغير لأن السبب فيه الملك أو الولاء وهو غير متكامل، وفي مسألتنا السبب القرابة وهي متكاملة، ولهذا لا يزوج أحد المولين الأمة المشتركة بينهما أو المعتقة لهما، وفي القرابة يزوّج فيجعل كل واحد منهم كأنه ليس معه غيره فينفرد به، ولو كان الكبير ولياً للصغير ممن له التصرف في ماله كالأب والجد يستوفيه الكبير قبل أن يبلغ الصغير بإجماع أصحابنا سواء كانت الولاية لهما بالملك أو بالقرابة، وإن كان ولياً للصغير لا يقدر على التصرف في المال كالأخ والعم **فعلى الخلاف**، فإن كان الكبير أجنبياً عن الصغير لا يملك الكبير الاستيفاء بالإجماع حتى يبلغ الصغير، وعند الشافعي رحمه الله لا يملك الكبير الاستيفاء في الكل.

قال رحمه الله: (**وإن قتله بمرّ** يقتص إن أصابه الحديد وإلا لا كالخنق والتغريق/ [٢٣٣ ب/٣]) وهذا إذا أصابه بحد الحديدة من غير خلاف، وإن أصابه بظهرها أو بالعود أو بالخنق أو بالتغريق فهو على الخلاف الذي ذكرناه في أوّل الكتاب، وقد ذكرنا الدلائل من الجانبين هناك فلا نعيده.

قال رحمه الله: (ومن جرح رجلاً عمداً وصار ذا فراش ومات يقتص) لأن

الكبير: والعباس بن علي يومئذٍ صغير فلم يستأن به بلوغه اهـ إتقاني. **قوله: (فعلى الخلاف)** يعني عند أبي حنيفة للكبير الاستيفاء وعندهما لا حتى يبلغ الصغير. **قوله في المتن: (وإن قتله بمر)** قال في الهداية: ومن ضرب رجلاً بمر فقتله فإن أصابه الحديد قتل، وإن أصابه العود فعليه الدية قال الإتقاني: أي قال في الجامع الصغير: قال فخر الإسلام: وهذه بعينها من الخواص أطلق الرواية في الجامع الصغير ولم يفصل، فإن أصابه بحدّ الحديد فعليه القصاص عندهم جميعاً لوجود القتل على وجه الكمال، وإن أصابه بعرض الحديد فقتله دقاً يجب عليه القصاص عند أبي حنيفة في ظاهر الرواية لوجود القتل على صفة الكمال نظراً إلى الآلة، لأن الحديد سلاح كله حدّة وعرضه في ذلك سواء وهو سلاح كله في العادة والشريعة في الدنيا والآخرة، قال تعالى: ﴿وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد﴾ [الحديد: ٢٥] وقال تعالى: ﴿ولهم مقامع من حديد﴾ [الحج: ٢١]، وروى الطحاوي: أنه يعتبر الجرح إن قتله جرحاً بأي آلة كانت يجب القصاص سواء كانت حديداً أو لم تكن بعد أن تكون آلة يقصد بها القتل عادة لوجود القتل من كل وجه بتخريب الحياة ظاهراً وباطناً بصفة التعمد، وإن قتله دقاً لا قصاص عليه سواء كانت الآلة حديداً أو لم تكن لعدم إفساد الظاهر فلم يكن القتل حاصلاً بصفة الكمال، قال الصدر الشهيد: وسنجات الميزان على

الجرح سبب ظاهر لموته فيحال الموت عليه ما لم يوجد ما يقطعه كحز الرقبة أو البرء منه.

قال رحمه الله: (وإن مات بفعل نفسه وزيد وأسد وحية ضمن زيد ثلث الدية) لأن فعل الأسد والحية جنس واحد لكونه هدراً في الدنيا والآخرة وفعله بنفسه جنس آخر لكونه هدراً في الدنيا معتبراً في الآخرة حتى يأثم به، وفعل زيد معتبر في الدنيا والآخرة فصار ثلاثة أجناس هدر مطلقاً ومعتبر مطلقاً وهدر من وجه دون وجه وهو فعله بنفسه فيكون التالف بفعل كل واحد ثلاثة فيجب على زيد ثلث الدية، ثم إن كان فعل زيد عمداً تجب الدية عليه في ماله وإلا فعلى العاقلة لما عرف في موضعه.

قال رحمه الله: (**ومن شهر على المسلمين سيفاً** وجب قتله ولا شيء بقتله) لقوله عليه الصلاة والسلام: «من شهر على المسلمين سيفاً فقد أبطل دمه»[1] ولأن دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله إذا لم يمكن دفعه إلا به، ولا يجب على القاتل شيء لأنه صار باغياً بذلك، كذ إذا شهر على رجل سلاحاً فقتله أو قتله غيره دفعاً عنه فلا يجب بقتله شيء لما بينا، ولا يختلف بين أن يكون بالليل أو بالنهار في المصر

اختلاف الروايتين أيضاً ثم قال: والأصح عنده الجرح أي عند أبي حنيفة فإن أصابه بالعود فعليه الدية ولا قصاص عليه، لأنه ليس بسلاح ولكنه إن كان عظيماً لا يلبث كان كالسيف عند أبي يوسف ومحمد وعند أبي حنيفة هو كالسوط، والمسألة معروفة احتجا بأن ما لا يلبث يعمل عمل السيف وزيادة فوجب أن يلحق به، واحتج أبو حنيفة بأن هذا قتل تمكنت فيه شبهة الخطأ فلا يجب القود كالقتل بالسوط الصغير لأن الآلة غير موضوعة للقتل ولأنه يؤثر في الباطن دون الظاهر فيصير عند المقابلة بما له أثر فيهما ناقصاً اهـ ما قاله الإتقاني رحمه الله وكتب ما نصه، قال في الجامع الصغير: محمد عن يعقوب: عن أبي حنيفة في الرجل يغرق الصبي أو الرجل في البحر قال: لا قصاص عليه وقال يعقوب ومحمد: عليه القصاص وقول الشافعي كقولهم ولكن عند الشافعي يقتص منه بالتغريق وعندهما بالسيف **قوله**: (**وإن أصابه بظهرها**) فإنه جرحه فكذلك إجماعاً، وإن لم يجرحه فكذلك على رواية الأصل لاعتباره الحديد دون الجرح، وعلى رواية الطحاوي لا قود فيه عند أبي حنيفة اهـ زاهدي. **قوله في المتن**: (**ومن شهر على المسلمين سيفاً إلخ**) قال الإتقاني: صورتها في أصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل شهر على المسلمين سيفاً، قال: حق على المسلمين أن يقتلوه ولا شيء عليهم، وذلك لأنه لما شهر عليهم السيف وقصد قتلهم صار حرباً عليهم فكان كالباغي فبطلت عصمة دمه للمحاربة، قال تعالى: ﴿فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء إلى أمر الله﴾ [الحجرات: ٩٠]، فجاز للمسلمين

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣٤٧) وقال غريب بهذا اللفظ.

أو خارج المصر **لأن السلاح لا يلبث**، وإن شهر عليه عصاً فكذلك إن كان ليلاً أو نهاراً خارج المصر لأنه لا يلحقه الغوث بالليل ولا في خارج المصر فكان له دفعه بالقتل، بخلاف ما إذا كان في المصر، وقيل: إذا كان عصا لا يلبث يحتمل أن يكون مثل السلاح عندهما فيجوز قتله في المصر نهاراً كما في السيف.

قال رحمه اللّه: (ومن شهر على رجل سلاحاً ليلاً أو نهاراً في المصر أو غيره أو شهر عليه عصاً ليلاً في مصر أو نهاراً في غيره فقتله المشهور عليه فلا شيء عليه) لما بينا من المنقول والمعقول.

قال رحمه اللّه: **(وإن شهر عصاً نهاراً في مصر فقتله المشهور عليه قتل به)** لأن العصا تلبث والغوث غير منقطع في المصر فكان بالقتل متعدّياً، وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه ظاهر لأنه ليس كالسلاح عنده، وقيل: عندهما يحتمل أن يكون على الخلاف المذكور في شبه العمد لأنه كالسلاح عندهما حتى يجب القصاص بالقتل به وقد بيناه.

قال رحمه اللّه: (وإن شهر المجنون على غيره سلاحاً فقتله المشهور عليه عمداً تجب الدية، وعلى هذا الصبي والدابة) وعن أبي يوسف رحمه اللّه لا تجب الدية في الصبي والمجنون، وقال الشافعي رحمه اللّه: لا يجب الضمان في الكل لأنه قتله دافعاً عن نفسه فصار كالبالغ العاقل وهذا لأنه يصير محمولاً على قتله بفعله، بأن قال له: اقتلني وإلا قتلتك وكون الدابة مملوكة للغير لا تأثير له في وجوب الضمان كالعبد إذا شهر سيفاً على رجل فقتله فإنه لا يجب عليه الضمان، فكذا هذا فصار كالصيد إذا صال على المحرم فقتله ولأبي يوسف رحمه اللّه أن فعل الصبي والمجنون معتبر في الجملة، ولهذا إذا أتلفا مالاً أو نفساً وجب عليهما الضمان بخلاف فعل الدابة لأنه غير معتبر أصلاً حتى لا يعتبر في حق وجوب الضمان، لأن العجماء جبار، وكذا عصمتهما بحقهما وعصمة الدابة لحق المالك فكان فعلهما مسقطاً لعصمتهما فلا يضمنان، ويضمن الدابة بخلاف الصيد إذا صال على المحرم أو صيد الحرم على الحلال لأن الشارع أذن في قتله ولم يوجب علينا تحمل أذاه، ألا ترى أن الخمس

الذين شهر عليهم السيف أن يقتلوه وفي قوله: عليهم أن يقتلوه إشارة إلى أنه وجب عليهم أن يقتلوه دفعاً للشر عن أنفسهم لأن دفع الشر واجب وجاز لغيرهم أن يعينوهم على ذلك حتى يدفعوا الشر عنهم لقوله عليه الصلاة والسلام: انصر أخاك ظالماً أومظلوماً يعني إذا كان ظالماً تمنعه من الظلم، وإذا كان مظلوماً تمنع الظلم عنه اهـ **قوله: (لأن السلاح لا يلبث)** من اللبث الإبطاء والتأخر اهـ ابن الأثير. **قوله في المتن: (وإن شهر عصاً نهاراً في مصر فقتله المشهور عليه قتل به)** هذه المسألة ذكرها في المجمع قبيل الحظر والإباحة اهـ **قوله:**

الفواسق أباح قتلها مطلقاً/ لتوهم الإيذاء منها فما ظنك عند تحقق الإيذاء ومالك [٢٣٤/ ١/٣] الدابة لم يأذن فيجب الضمان به، وكذا عصمة عبد الغير لحق نفسه وفعله محظور فيسقط به عصمته، ولنا أن الفعل من هذه الأشياء غير متصف بالحرمة فلم يقع بغياً فلا تسقط العصمة به لعدم الاختيار الصحيح، ولهذا لا يجب القصاص على الصبي **والمجنون بقتلهما**، ولا الضمان بفعل الدابة فإذا لم يسقط كان قضيته أن يجب القصاص لأنه قتل نفساً معصومة إلا أنه لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية.

قال رحمه الله: (ولو ضربه الشاهر فانصرف فقتله الآخر قتل به القاتل) معناه إذا شهر رجل على رجل سلاحاً فضربه الشاهر فانصرف ثم إن المضروب وهو المشهور عليه ضرب الضارب وهو الشاهر فقتله فعليه القصاص لأن الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصوماً مثل ما كان لأن حل دمه كان باعتبار شهره وضربه، فإذا انكف على وجه لا يريد ضربه ثانياً اندفع شره فلا حاجة إلى قتله لاندفاع شره بدونه فعادت عصمته، فإذ قتله بعد ذلك فقد قتل شخصاً معصوماً ظلماً فيجب عليه القصاص.

قال رحمه الله: (ومن دخل عليه غيره ليلاً فأخرج السرقة فاتبعه فقتله فلا شيء

(**والمجنون بقتلهما**) مصدر مضاف إلى الفاعل اهـ (فرع) ومن نظر في بيت إنسان من ثقب أو شق باب أو نحوه فطعنه صاحب الدار بخشبة أو رماه بحصاة فقلع عينه يضمنها عندنا وعند الشافعي وأحمد لا يضمنها، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال: «لو أن رجلاً اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة وفقأت عينه لم يكن عليك جناح»[١]، وعن سهل بن سفيان «أن رجلاً اطلع من حجر من باب النبي ﷺ والنبي ﷺ يحك رأسه ومدراة في يده فقال عليه الصلاة والسلام: لو علمت أنك تنظرني لطعنت بها في عينك»[٢]، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «في العين نصف الدية»[٣] وهو عام، ولأن مجرد النظر لا يبيح الجناية عليه، كما لو نظر من الباب المفتوح وكما لو دخل في بيته ونظر فيه ونال من امرأته ما دون الفرج لم يجز قلع عينه، ولأن[٤].

---

(١) أخرجه البخاري في الديات (٦٨٨٨)، والنسائي في القسامة (٤٨٦١)، وأحمد في مسنده (٧٢٧١).

(٢) أخرجه البخاري في اللباس (٥٩٢٤)، ومسلم في الآداب (٢١٥٦)، والترمذي في الاستئذان والآداب (٢٧٠٩)، والنسائي في القسامة (٤٨٥٩)، وأحمد في مسنده (٢٢٢٩٦)، والدارمي في الديات (٢٣٨٤).

(٣) أخرجه النسائي في القسامة (٤٨٥٣)، وأحمد في مسنده (٧٠٥٢) واللفظ له.

(٤) بياض بالأصل.

عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام: «قاتل دون مالك»[١] أي لأجل مالك ولأن له أن يمنعه بالقتل ابتداء فكذا له أن يسترده به انتهاء إذا لم يقدر على أخذه منه إلا به ولو علم أنه لو صاح عليه يطرح ماله فقتله مع ذلك يجب القصاص عليه لأنه قتله بغير حق وهو بمنزلة المغصوب منه إذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص، لأنه يقدر على دفعه بالاستعانة بالمسلمين والقاضي فلا تسقط عصمته بخلاف السارق، والذي لا يندفع بالصياح والله سبحانه وتعالى أعلم.

باب القصاص فيما دون النفس

قال رحمه الله: (يقتص بقطع اليد من المفصل وإن كانت يد القاطع أكبر وكذا الرجل **ومارن الأنف والأذن** والعين إن ذهب ضوؤها وهي قائمة، وإن قلعها لا والسن وإن تفاوتا وكل شجة تتحقق فيها المماثلة) لقوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ [المائدة: ٤٥] أي ذو قصاص ولقوله تعالى: ﴿والسن بالسن﴾ [المائدة: ٤٥] والقصاص يبنى على المماثلة فكل ما أمكن رعاية المماثلة فيه يجب القصاص وما لا فلا، وقد أمكن في هذه الأشياء التي ذكرها ولا معتبر بكبر العضو، لأنه لا يوجب التفاوت في المنفعة ويمكن رعاية المماثلة في العين إذا ضربت وذهب ضوؤها وهي قائمة بأن تحمى لها المرآة، ويجعل على وجهه قطن رطب وتسدّ عينه الأخرى ثم تقرّب المرآة من عينه بخلاف ما إذا انقلعت حيث لا يقتص منه لعدم إمكان رعاية المماثلة، وكانت هذه الحادثة وقعت في زمن عثمان رضي الله عنه **فشاور الصحابة** رضي الله عنهم، فقال عليّ: يجب القصاص فبين إمكان الاستيفاء بالطريق الذي ذكرناه، ثم هنا لم يعتبر الكبر والصغر في العضو حتى أجرى القصاص في الكل

باب القصاص فيما دون النفس

لما ذكر القصاص في النفس شرع في القصاص فيما دونها لأن الجزء يتبع الكل اهـ **قوله: (ومارن الأنف)** وإنما قيد بالمارن لأنه إذا قطع قصبة الأنف لا يجب القصاص لأنه عظم ولا قصاص في العظم سوى السن اهـ إتقاني. **قوله: (والأذن)** وأما الأذن إذا قطع كلها ففيها القصاص لإمكان المماثلة لأنها لا تنقبض ولا تنبسط، وإن قطع بعضها وللقطع حدّ معروف أمكنت المماثلة فيجب القصاص، وإن لم يكن يعرف سقط القصاص كذا ذكره القدوري في شرحه اهـ إتقاني. **قوله: (فشاور الصحابة)** فلم يكن عندهم فيه شيء اهـ غاية.

---

(١) أخرجه النسائي في تحريم الدم (٤٠٨١)، وأحمد في مسنده (٣٢٠٠٧) بنحوه.

باستيفاء الكل واعتبره بالشجة في الرأس إذا كانت استوعبت رأس المشجوج وهي لا تستوعب رأس الشاج فأثبت للمشجوج الخيار إن شاء أخذ الأرش، وإن شاء اقتص وأخذ بقدر شجته، وإنما كان كذلك لأن ما يلحقه من الشين أكثر لأن الشجة المستوعبة **لما بين قرنيه** أكثر شيناً من الشجة **التي لا تستوعب بين قرنيه**، بخلاف قطع العضو فإن الشين فيه لا يختلف، **وكذا منفعته لا تختلف** فلم يكن له إلا القصاص لوجود المساواة فيه من كل وجه.

قال رحمه الله: (ولا قصاص في عظم) لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا قصاص في العظم»[1] وقال عمر وابن مسعود رضي الله عنهما: لا قصاص في عظم إلا في / السن، وهو المراد بالحديث وبوضع صاحب الكتاب ولأن القصاص يبنى على المساواة وقد تعذر اعتبارها في غير السن، واختلف الأطباء في السن هل هو عظم أو طرف عصب يابس فمنهم من ينكر أنه عظم لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة، ويلين بالخل فعلى هذا لا يحتاج إلى الفرق بينه وبين سائر العظام لأنه ليس بعظم، **فلعل صاحب الكتاب ترك السن** لذلك لأنه لم يدخل تحت الاسم، وكذلك في الحديث لم يستثنه، ولئن قلنا: إنه عظم فالفرق بينه وبين سائر العظام أن المساواة فيه ممكن بأن يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه، كذا إن قلع منه فإنه لا يقلع سنه قصاصاً لتعذر اعتبار المماثلة فيه **فربما تفسد لهاته**، ولكن يبرد بالمبرد إلى موضع أصل السن كذا ذكره في النهاية معزياً إلى الذخيرة والمبسوط.

[٢٣٤ ب/٣]

قوله: (**لما بين قرنيه**) أي قرني المشجوج اهـ **قوله**: (**التي لا يستوعب بين قرنيه**) أي قرني الشاج اهـ **قوله**: (**وكذا منفعته لا تختلف**) أي بالكبر والصغر اهـ **قوله**: (**فلعل صاحب الكتاب ترك السنّ**) أي استثنى السن حيث لم يقل، ولا قصاص في عظم السنّ إلا في السنّ استثناه في أثر عمر وابن مسعود السابق اهـ **قوله**: (**فربما تفسد لهاته**) كذا هو في نسخة قارئ الهداية ونسخة الزراتيتي المقابلة على خط الشارح وتبعه العيني في شرحه اهـ وكتب على قوله لهاته ما نصه هكذا هو بخط الشارح اهـ وكتب أيضاً ما نصه: صوابه لثاته لأن اللثة بالتخفيف كما قال في الصحاح: هي ما حول الأسنان وأصلها لثي والهاء عوض عن الياء وجمعها لثات ولثى اهـ وأما اللهاة فهي كما قال في الصحاح: اللهاة هي الهنة المطبقة في أقصى سقف الفم والجمع اللهى واللهوات واللهيات أيضاً اهـ وقال في المغرب: اللهاة لحمة مشرفة على الحلق، ومنها قوله: من تسحر بسويق لا بد أن يبقى بين أسنانه ولهاته شيء وكأنه تصحيف لثاته، وهي لحمات أصول الأسنان اهـ قال ابن الأثير: اللثة بالكسر والتخفيف عمور الأسنان وهي مغارزها ثم قال: وفي حديث الشاة المسمومة فما زلت أعرفها في لهوات رسول الله ﷺ اللهوات جمع لهاة وهي اللحمات في سقف أقصى الفم

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤ / ٣٥٠).

قال رحمه الله: (وطرفي رجل وامرأة وحرّ وعبد وعبدين) أي لا قصاص في الطرف بين رجل وامرأة ولا بين حر وعبد ولا بين عبدين، **وقال الشافعي رحمه الله: يجب القصاص في جميع ذلك إلا في الحر يقطع طرف العبد** لأن الأطراف تابعة للأنفس، وشرع القصاص فيها للإلحاق بالأنفس ففي كل موضع يجري القصاص في النفس يجري في الأطراف، وما لا فلا ولنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها وقاية الأنفس كالأموال، ولا مماثلة بين طرف الذكر والأنثى للتفاوت بينهما في القيمة بتقويم الشارع ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين للتفاوت في القيمة، وإن تساويا فيها فذلك بالحزر والظن وليس بيقين فصار شبهة فامتنع القصاص بخلاف طرف الحرّين لأن استواءهما متيقن به بتقويم الشرع، وبخلاف الأنفس لأن القصاص فيها يتعلق بإزهاق الروح ولا تفاوت فيه.

قال رحمه الله: (وطرف الكافر والمسلم سيان) أي مثلان فيجري القصاص بينهما للتساوي في الأرش، وقال الشافعي رحمه الله: لا يجري لما ذكرنا من أصله.

قال رحمه الله: (وقطع يد من نصف ساعد وجائفة برئ منها ولسان وذكر إلا أن يقطع الحشفة) أي لا قصاص في هذه الأشياء لعدم إمكان المماثلة فيها لأن في القطع من نصف الساعد كسر العظم ويتعذر التساوي فيه إذ لا ضابط له، **وفي الجائفة**

اهـ **قوله: (وقال الشافعي: يجب القصاص في جميع ذلك إلخ)** فإن قيل: سلمنا وجود التفاوت في البدل وأنه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع استيفاء الأكمل بالأنقص دون العكس، فإن الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل، فالجواب: أنا قد ذكرنا أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها خلقت وقاية للأنفس كالمال فالواجب أن يعتبر التفاوت المالي مانعاً مطلقاً، والشلل ليس منه فيعتبر مانعاً من جهة الأكمل لأنه من حيث أنه ليس تفاوتاً مالياً ينبغي أن لا يعتبر فيما سلك بها مسلك الأموال، ومن حيث أنه يوجب تفاوتاً في المنفعة تنتفي به المماثلة ينبغي أن تعتبر فقلنا: تعتبر من جهة الأكمل لئلا يلزم أن يكون باذلاً للزيادة في الأطراف، ولا تعتبر من جهة الأنقص لأنه إسقاط والإسقاط جائز دون البدل بالأطراف اهـ أكمل. وقال الإتقاني: فإن قيل: هذا الذي ذكرتموه صحيح في المنع من قطع الصحيح بالأشل والحر بالعبد والذكر بالأنثى فهلا أجزتم أن تقطع المرأة بالرجل والعبد بالحر كما يقطع الأشل بالصحيح، قيل: النقص على ضربين نقص من طريق المشاهدة فيمنع من استيفاء الكامل بالناقص، ولا يمنع من استيفاء الناقص بالكامل كالشلل ونقص من طريق الحكم فيمنع من استيفاء كل واحد من الأمرين بالآخر كاليسار باليمين، ومانحن فيه نقص من طريق الحكم اهـ **قوله: (إلا في الحر يقطع طرف العبد)** فإنه لا يجري القصاص على الحر عنده أيضاً اهـ غاية. **قوله: (وفي الجائفة**

البرء نادر فلا يمكن أن يجرح الثاني جائفة على وجه يبرأ منه فلا يكون أهلاً كافلاً يجوز والذكر واللسان ينقبضان وينبسطان فلا يمكن اعتبار المماثلة فيهما إلا أن يقطع من الحشفة، لأن موضع القطع معلوم فصار كالمفصل، **وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا قطع من أصلهما يجب القصاص** لإمكان اعتبار المماثلة والحجة عليهما مابيناه، ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر أو بعض اللسان لا يجب القصاص لجهالة مقداره بخلاف ما إذا قطع كل الأذن أو بعضها لأنه لا ينقبض ولا ينبسط وله حدّ معلوم فيمكن اعتبار المماثلة فيه والشفة إن استقصاها بالقطع يجب القصاص لإمكان اعتبار المماثلة فيها بخلاف ما إذا قطع بعضها لتعذر اعتبار المماثلة فيه.

قال رحمه الله: (وخير بين الأرش والقود إن كان القاطع أشل أو ناقص الأصابع أو كان رأس الشاج أكبر) أمّا الأول وهو ما إذا كانت يد القاطع شلاء أو ناقصة الأصابع ويد المقطوع صحيحة كاملة الأصابع فلأن استيفاء حقه بكماله متعذر فيخير بين أن يتجوّز بدون حقه في القطع وبين أن يأخذ الأرش كاملاً، كمن أتلف مثلياً لإنسان فانقطع عن أيدي الناس ولم يبق منه إلا رديئاً فإنه يخير بين أن يأخذ الموجود ناقصاً وبين أن يعدل إلى القيمة، ثم إذا استوفى القصاص سقط في الزيادة/، وقال الشافعي [٢٣٥ أ/٣] رحمه الله: يضمنه النقصان لأنه قدر على استيفاء البعض فيستوفي ما قدر عليه وما تعذر استيفاؤه يضمنه، ولنا أن الباقي وصف فلا يضمن بانفراده فصار كما إذا تجوّز بالرديء مكان الجيد، **ولو سقطت يده المعيبة** قبل اختيار المجني عليه **بطل حقه** ولا شيء له عليه لأن حقه متعين في القصاص عندنا لما مر أن موجب العمد القود عيناً،

البرء) قال الإتقاني: وأما الجائفة وهي التي تصل إلى البطن من الصدر أو الظهر أو البطن إذ برأت لا يكون فيها القصاص لأن الجائفة المقتص بها نادر برؤها، إذ الهلاك فيها غالب فإذا أفضت إلى الهلاك غالباً لا يمكن المماثلة بين الثانية والأولى لوجود البرء في الأولى متعين دون الثانية، فلا يجب القصاص لانتفاء شرط القصاص بل يجب ثلث الدية في ماله، ولا تكون الجائفة إلا فيما يصل إلى البطن ولا تكون في الرقبة ولا في الحلق ولا في اليدين ولا في الرجلين فإن كانت الجراحة في الأنثيين والدبر فهي جائفة ذكره القدوري في شرحه اهـ. **قوله: (وعن أبي يوسف أنه إذا قطع من أصلهما يجب القصاص)** وقد قالوا جميعاً: لو قطع بعض اللسان لا يقتص منه لأنه ليس هناك مفصل يوقع فيه القصاص فلا تعلم المماثلة اهـ غاية. **قوله: (ولو سقطت يده المعيبة)** أي بغير حق عليه مثل أن يقطعها رجل ظلماً أو تتلف بآفة من السماء اهـ **قوله: (بطل حقه إلخ)** ولا يقال: إنه كان مخيراً بين أمرين فإذا فات أحدهما تعين الآخر، لأن حقه لم يثبت إلا في اليد وكان له أن يعدل عن هذا الحق إلى بدله، فإذا تلف لم تجز له المطالبة بالبدل عنه مع تلفه كذا في شرح مختصر الطحاوي اهـ إتقاني.

وحقه ثابت فيه قبل اختياره المال، كما إذا كانت صحيحة فإذا فات المحل بطل الحق بخلاف ما إذا قطعت بقود أو سرقة حيث يجب عليه أرش اليد، وقال الشافعي رحمه اللّه: يجب الأرش في الموضعين لأن وجوب المال عنده أصلي كالقود فإذا تعذر استيفاء القود تعين المال، ولنا أن القود هو المتعين على ما بينا فيفوت بفوات المحل،كما إذا مات من عليه القصاص في النفس غير أنه إذا قطعت يده بقصاص أو سرقة قد أوفى بها حقاً مستحقاً عليه فسلمت له معنى فيغرم للأوّل، بخلاف النفس إذا وجب على القاتل القصاص لغيره فقتل به حيث لا يضمن لأنها ليست في معنى المال فلم يسلم له، وأما الثاني وهو ما إذا كان رأس الشاج أكبر بأن كانت الشجة استوعبت بين قرني المشجوج وهي لا تستوعب بين قرني الشاج، فلأن الشجة إنما كانت موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها، وفي استيفاء ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل وباستيفاء قدر حقه لا يلحق الشاج من الشين مثل ما يلحق المشجوج فيخير كما في الشلاء والصحيحة، ثم لو اختار القود **يبدأ من أي الجانبين شاء** لأن حقه في ذلك المحل فكان له أن يفعل ، وفي عكسه وهو ما إذا كان رأس المشجوج أكبر يتخير أيضاً لتعذر الاستيفاء كملاً لما فيه من زيادة الشين، وكذا إذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ من جبهة أحدهما إلى قفاه ولا تأخذ إلى قفا الآخر فهو بالخيار لما ذكرنا، وذكر الطحاوي عن علي الرازي الكبير **أن له الاقتصاص** ولا خيار له لأن في القصاص فيما دون النفس تعتبر المساواة في المحل فلا ينظر إلى الصغر والكبر كاليد، وجوابه أن القصاص في الشجة لأجل الشين وهو يتفاوت في الصغر والكبر، وفي قطع اليد لفوات منفعة البطش وهي لا تتفاوت ولعل الصغيرة أنفع من الكبيرة فافترقا.

فصـــل

قال رحمه اللّه: (وإن صولح على مال وجب حالاً وسقط القود) أي إذا صولح القاتل على مال عن القصاص سقط القصاص ووجب المال المصالح عليه حالاً قليلاً كان أو كثيراً **لقوله تعالى: ﴿فمن عفي له من أخيه شيء﴾ [البقرة: ١٧٨] الآية**، قال ابن

قوله: (يبدأ من أيّ الجانبين شاء) حتى يبلغ مقدارها في طولها إلى حيث يبلغ ثم يكف اهـ غاية. **قوله: (أن له الاقتصاص)** الذي بخط الشارح أنه له الاقتصاص اهـ

فصـــل

قوله: (لقوله تعالى: ﴿فمن عفي له من أخيه شيء﴾ الآية) أي من جهة أخيه المقتول اهـ

عباس رضي اللّه عنهما: نزلت الآية في الصلح وقوله عليه الصلاة والسلام: «من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين بين أن يأخذوا المال، وبين أن يقتلوا»[1]، والمراد واللّه أعلم أخذ المال برضا القاتل **على ما بينا**، ولأنه حق ثابت له يجري فيه العفو مجاناً فكذا تعويضاً لاشتماله على الأوصاف الجميلة من إحسان الولي وإحياء القاتل، بخلاف حدّ القذف لأن الغالب فيه حق اللّه تعالى، ولا يجري فيه العفو فكذا التعويض، والقليل والكثير فيه سواء لأنه ليس فيه شيء مقدر فيفوّض إلى اصطلاحهما كالخلع والكتابة والإعتاق على مال، **بخلاف ما إذا كان القتل خطأ** حيث لا يجوز بأكثر من الدية لأنه دين ثابت في الذمة فيكون أخذ أكثر منه رباً، وإنما وجب حالاً لأنه دين وجب بالعقد والأصل في مثله الحلول كالثمن والمهر بخلاف الدية، لأنها لم تجب بالعقد، وإنما سقط القود **لأنه موجب** العقد ولأنه لم يرض ببذل المال إلا مقابلاً به فيوفر عليه مقصوده.

قال رحمه اللّه: (ويتنصف أن أمر الحرّ القاتل وسيد القاتل رجلاً بالصلح عن دمهما على ألف ففعل) معناه/ لو كان القاتل حرّاً وعبداً فأمر الحرّ القاتل ومولى العبد القاتل رجلاً بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل المأمور فالألف على الحر والمولى نصفان، لأنه مقابل بالقصاص وهو عليهما على السواء فينقسم بدله عليهما على السواء، ولأن الألف وجب بالعقد وهو مضاف إليهما فيتنصف موجبه وهو الألف. [٢٣٥ ب/٣]

قال رحمه اللّه: (فإن صالح أحد الأولياء عن حظه على عوض أو عفا فلمن بقي حظه من الدية) لأن كل واحد منهم متمكن من التصرف في نصيبه استيفاء وإسقاطاً بالعفو أو بالصلح لأنه يتصرف في خالص حقه فينفذ عفوه وصلحه فيسقط به حقه في القصاص، ومن ضرورته سقوط حق الباقين أيضاً فيه لأنه لا يتجزأ، ألا ترى أنه لا يتجزأ ثبوتاً فكذا سقوطاً بخلاف ما لو قتل رجلين فعفا أولياء أحدهما حيث يكون لأولياء الآخر قبله لأن الواجب فيه قصاصان لاختلاف القتل والمقتول فبسقوط أحدهما لا يسقط الآخر، ألا ترى أنهما يفترقان ثبوتاً فكذا بقاء بخلاف ما نحن فيه، فإذا سقط انقلب نصيب من لم يعف مالاً لأنه تعذر استيفاؤه، لمعنى في القاتل وهو ثبوت عصمة القاتل بعفو البعض عن القصاص **فيجب المال كما في الخطأ** فإن سقوط

غاية. **قوله: (على ما بينا)** أي أوّل كتاب الجناية اهـ **قوله: (بخلاف ما إذا كان القتل خطأ إلخ)** إذا كان الصلح على جنس ما افترضت فيه الدية، وإذا كان الصلح على خلاف الجنس يجوز، وإن زاد على قدر الدية نص عليه الكرخي في كتاب الصلح وقد مر بيانه في كتاب الصلح اهـ إتقاني. **قوله: (لأنه موجب)** أي سقوط القود اهـ **قوله: (فيجب المال كما في الخطأ**

---

(١) تقدم تخريجه.

القصاص فيه لمعنى في القاتل وهو كونه مخطئاً، فلا يجب للعافي شيء لأنه أسقط حقه المتعين بفعله ورضاه بلا عوض، بخلاف شركائه لعدم ذلك منهم فينقلب نصيبهم مالاً **والورثة كلهم في ذلك سواء**، وقال مالك والشافعي رحمهما اللّه: لا حق للزوجين في القصاص ولا في الدية لأن الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت، وقال ابن أبي ليلى رحمه اللّه: لا يثبت حقهما في القصاص لأن سبب استحقاقهما العقد والقصاص لا يستحق بالعقد، ألا ترى أن الوصي لا يثبت له حق في القصاص لأن المقصود من القصاص التشفي والانتقام، وذلك يختص به الأقارب الذين ينصر بعضهم بعضاً، ولهذا لا يكون أحدهما عاقلة الآخر لعدم التناصر، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «من ترك مالاً أو حقاً فلورثته، ومن ترك كَلاً فعليّ»(١)، والقصاص حقه فيكون لجميعهم كالمال «**وأمر عليه الصلاة والسلام بتوريث امرأة أشيم الضبابي** من دية زوجها أشيم»(٢)، ولأن القصاص حق يجري فيه

إلخ) وذلك لما روي أن دماً بين شريكين عفا عنه أحدهما فاستشار عمر رضي اللّه عنه ابن مسعود فقال: أرى هذا قد أحياه فلا يملك الآخر أن يميت ما أحياه حمل عمر على قوله، وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير فحل محل الإجماع اهـ إتقاني. قال الإتقاني: وهذا الذي ذكرنا من سقوط القصاص بعفو أحد شريكي الدم مذهبنا، وقال مالك للآخر: أن يقتله كذا ذكر شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: لأن حق القتل ثابت لكل واحد منهما على الكمال، ولهذا لو قتله لم يضمن شيئاً والحجة عليه قضية عمر وقد ذكر محمد قضيته في كتاب الآثار عن أبي حنيفةعن حماد عن إبراهيم عن عمر ابن الخطاب رضي اللّه عنه، وقال في شرح الكافي: أيضاً القصاص والدية تصير ميراثاً لكل الورثة عندنا بالسبب والنسب جميعاً اهـ **قوله: (والورثة كلهم في ذلك سواء)** قال الإتقاني: والأصل في ذلك أن القصاص يستحقه من يستحق ماله على فرائض اللّه تعالى الذكر والأنثى في ذلك سواء والزوج والزوجةفي ذلك سواء نص عليه الكرخي في مختصره، وكذلك الدية موروثة بينهم وذلك لأن القصاص أحد بدلي النفس فينقسم بين الورثة كالدية والدليل على أن الدية بين الورثة أنه مال للميت تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه كسائر أمواله، ثم إذا ثبت القصاص لجميع الورثة ثبت لكل واحد منهم أن يعفو عن نصيبه أو يصالح عنه ويبطل بذلك القصاص، وكان على القاتل حق من لم يعف عن الدية وليس للعافي من الدية شيء اهـ **قوله: («وأمر ﷺ بتوريث امرأة أشيم الضبابي»)** قال الإتقاني:

---

(١) أخرجه البخاري في الفرائض (٦٧٦٣)، ومسلم في الفرائض (١٦١٩)، والنسائي في الجنائز (١٩٦٣)، وأبو داود في الخراج والإمارة والفيء (٢٩٥٥).

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/٣٥٢).

الإرث حتى إن من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وبين ابن الابن فثبت لسائر الورثة، والزوجية تبقى بعد الموت حكماً في حق الإرث أو يثبت الإرث مستنداً إلى سببه وهو الجرح، وكان علي رضي الله عنه يقسم الدية على من أحرز الميراث، والدية حكمها حكم سائر الأموال فلهذا لو أوصى بثلث ماله تدخل الدية فيه والقصاص بدل النفس كالدية فيورث كسائر أمواله، ولهذا لو انقلب مالاً تقضى به ديونه، وتنفذ فيه وصاياه واستحقاق الإرث بالزوجية كاستحقاقه بالقرابة لا بالعقد، ألا ترى أنه لا يرتد بالردّ بخلاف الوصية، وبهذا يتبين أن الاستحقاق ليس بالعقد بل بحكم العقد، ولا يلزم من عدم التناصر والعقل عدم الإرث للقصاص، ألا ترى أن الصغير والنساء من الأقارب لا يعقلن ويرثن القصاص والدية، وأقرب منه أن المرأة لا يعقل عنها أبناؤها الكبار ويرثونها، قال الشافعي رحمه الله: لا حظ للنساء من الأقارب في استيفاء القصاص ولهنّ حق العفو لأن المرأة ليست من أهل القتل لضعفها ولهذا لا تقتل الكافرة الأصلية ولا توضع عليها الجزية الواجبة مكان القتل فصارت في حق الاستيفاء كالصغير والحجة عليه ما بيناه، وقوله: لأنها ليست من أهل القتل، قلنا: إنها إن لم تقدر توكل فإنها من أهل التوكيل.

قال رحمه الله/ [٢٣٦/أ/٣]: (**ويقتل الجمع بالفرد**) والقياس أن لا يقتل لعدم المساواة ولكن تركناه بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، وروي أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا واحداً فقتلهم عمر رضي الله عنه به، وقال: لو **تمالأ** عليه أهل صنعاء لقتلهم، ولأن القتل بطريق التغالب غالب والقصاص شرع لحكمة الزجر فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد به فيجري القصاص عليهم جميعاً تحقيقاً لمعنى الإحياء، ولولا ذلك للزم

ولنا ما روي عن الضحاك بن سفيان الكلابي أنه قال: ورد عليّ كتاب رسول الله ﷺ أن ورّث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها والحديث مشهور مذكور في الموطأ وغيره، وقال القدروي في شرحه: القصاص وعن علي أنه قال: الدية بين من أحرز الميراث، ولأنها مال للميت كسائر أمواله، وقال القدوري في شرحه: قال أصحابنا: في دم عمد بين شريكين عفا أحدهما فللآخر نصف الدية مال القاتل في ثلاث سنين، وقال زفر: في سنتين، لنا أنه جزء من الدية فيسقط في السنين الثلاث كما لزم بعض العاقلة، وجه قول زفر أن نصف الدية لم تلزم من أجزاء دية واجبة، وإنما هو جملة الواجب فصار كما يجب من نصف الدية بقطع اليد خطأ اهـ وكتب على قوله الضبابي ما نصه بكسر الضاد المعجمة والضباب بطن من العرب ذكره ابن دريد في جمهرة اللغة وأشيم من جملة الصحابة وكان قتله خطأ اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**ويقتل الجمع بالفرد**) بشرط المباشرة من الكل بأن جرح كل واحد جرحاً سارياً اهـ خواهر زاده. **قوله**: (**تمالأ**) أصله المعاونة في ملء الدلو ثم عمّ فقالوا:

سدّ باب القصاص وفتح باب التفاني، إذ لا يوجد القتل من واحد غالباً لأنه يقاومه الواحد فلم يقدر عليه فلم يحصل إلا نادراً، والزاجر يشرع فيما يغلب لا فيما يندر ولأن زهوق الروح لا يتجزأ واشتراك الجماعة فيما لا يتجزأ يوجب التكامل في حق كل واحد منهم فيضاف إلى كل واحد منهم كملاً كأنه ليس معه غيره، كولاية الإنكاح في باب النكاح.

قال رحمه اللّه: (والفرد بالجمع اكتفاء) أي يقتل الفرد إذا قتل جماعة ويكتفى بذلك، وقال الشافعي رحمه اللّه: يقتل بالأوّل منهم إن قتلهم على التعاقب ويقضي بالدية لمن بعده في تركته لأن العاقلة لا تعقل العمد، وإن قتلهم جميعاً معاً أو لم يعرف الأوّل منهم يقرع بينهم ويقضي بالقود لمن خرجت له القرعة وبالدية للباقين، **وفي قول: قتل لهم جميعاً** وتقسم الديات بينهم لأن الموجود منه قتلات وما يتحق في حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الأوّل، إلا أنا تركناه بما ذكرنا على ما بينا، **ولنا أن كل واحد منهم** قاتل بوصف الكمال فحصل التماثل، ألا ترى أن الواجب في الفصل الأوّل وهو ما إذا قتل جماعة واحداً القصاص، ولولا أن التماثل ثابت لما وجب القصاص وهذا لأن المثل اسم مشترك فمن ضرورة كون أحد الشيئين مثلاً للآخر أن يكون الآخر مثلاً له كاسم الأخ والزوج، فوجوب القصاص فيه دليل على أنه مثل له إذ هو لا يجب في كل موضع يتعذر اعتبار المماثلة فيه ككسر العظم أو يتوهم عدم المماثلة فيه كالجائفة، فإن الثاني لما توهم موته باعتبار الغالب امتنع القصاص.

قال رحمه اللّه: (فإن حضر واحد قتل له وقسط وحق البقية كموت القاتل) أي

تمالؤا أي تعاونوا اهـ إتقاني. **قوله: (وفي قول: قتل لهم جميعاً)** قال الإمام علاء الدين في طريقة الخلاف قال علماؤنا رضي اللّه عنهم: الواحد يقتل بالجماعة قصاصاً على سبيل الاكتفاء، وقال الشافعي: لا يقتل اكتفاء غير أنه إن قتلهم على التعاقب يقتل بالأوّل اكتفاء، وتجب ديات الباقين وإن قتلهم على المقارنة له فيه قولان: في قول: يقتل بالواحد غير عين وتجب ديات الباقين مشتركة بينهم، وفي قول: يقرع فيقتل لمن خرجت قرعته وتجب الديات للباقين إلى هنا لفظ الطريقة اهـ إتقاني. **قوله: (ولنا أن كل واحد منهم)** أي من الأولياء اهـ (فرع) فإن قلت: فما الجواب عن أن اليد الواحدة لا تقطع بالأيدي اكتفاء بل تقطع بواحدة منها، وينتقل حق الباقين إلى المال قلت الطرف متبعض يسلك به مسلك الأموال، فإذا اجتمعوا على استيفائه صار كل واحد منهم مستوفياً لجزء حقه وينتقل في الباقي إلى المال كما لو أتلف عليهم عشرة أقفزة فوجدوا قفيزاً واحداً فإنهم يقتسمونه وينتقلون في الباقي إلى المال، لأنه متبعض والقصاص ليس بمتبعض فثبت لكل واحد

إذا حضر أولياء واحد من المقتولين قتل لهم وسقط حق أولياء بقية المقتولين كما يسقط بموت القاتل حتف أنفه لفوات محل الاستيفاء فصار كموت العبد الجاني، وفيه خلاف الشافعي رحمه اللّه لأن الواجب عنده أحدهما على ما بينا فإذا فات أحدهما تعين الاخر، كمن قال لامرأتيه: إحدا كما طالق، أو قال: لعبديه أحدكما حرّ فمات أحدهما تعين الآخر لفوات المحل.

قال رحمه اللّه: (ولا تقطع يد رجلين بيد) معناه إذا قطع رجلان يد رجل فلا قصاص على واحد منهما، وقال الشافعي رحمه اللّه: تقطع أيديهما والمفروض إذا أخذ سكيناً واحداً من جانب وأمرّاها على يده حتى انفصلت، هو يعتبرها بالأنفس لأن الأطراف تابعة لها وملحقة بها فأخذت حكمها، بخلاف ما إذا أمر أحدهما السكين من جانب والآخر من جانب آخر حتى التقى السكينان في الوسط وبانت اليد حيث لا يجب القصاص فيه على واحد منهما لأنه لم يوجد من كل واحد منهما إمرار السلاح إلا على بعض العضو، **ولنا أن كل واحد منهما قاطع للبعض** لأن ما انقطع بقوّة أحدهما لم ينقطع بقوّة الآخر فلا يجوز أن يقطع الكل بالبعض والاثنتان بالواحدة لانعدام المساواة فصار كما إذا أمر كل واحد من جانب بخلاف النفس، فإن الشرط فيها المساواة في العصمة لا غير وفي الطرف تعتبر المساواة في النفع والقيمة، ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء والنفس السالمة عن العيوب تقتل بالمفلوج والمشلول، فكذا الاثنان بالواحد فلا يصح القياس على النفس، ولأن زهوق الروح لا يتجزأ فأضيف إلى كل واحد كملاً وقطع العضو يتجزأ، ألا ترى أنه يمكن / أن يقطع البعض [٢٣٦ب/٣] ويترك الباقي، وفي القتل لا يمكن ذلك، ولهذا لو أمر أحدهما السكين على قفاه والآخر على حلقه حتى التقيا في الوسط ومات منهما يجب القصاص، وفي اليد لا يجب ولأن القتل بطريق الاجتماع غالب مخافة الغوث لا في القطع لأنه يحتاج إلى

منهم كملاً فظهر الفرق بين قطع اليد وحز رقبة اهـ إتقاني. **قوله: (ولنا أن كل واحد منهما قاطع للبعض)** ولنا أن الحاصل من الجماعة يستدعي التجزئ لأن كل واحد منهم حصل منه بعض القطع، وإنما قلنا: إنه يستدعي التجزئ لأن المحل وهو اليد يقبل التجزئ فإذا حصل من كل واحد منهم بعض القطع لم يجز إضافة القطع إلى كل واحد منهم كملاً فلم يجز قطع الأيدي باليد الواحدة لعدم المماثلة بخلاف قتل الأنفس بالنفس الواحدة، لأن قتل النفس يضاف إلى كل واحد منهم كملاً فجعل كل واحد منهم قاتلاً على الكمال فحصل المماثلة بين الأنفس والنفس الواحدة والاعتداء مقيد بالمماثلة، قال تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة:١٩٤] وقال تعالى: ﴿من عمل سيئة فلا يجزى إلا مثلها﴾ [الأنعام: ١٦٠] وقطع اليد متجزئ فلا تجوز المماثلة بين الأيدي واليد الواحدة

مقدّمات بطيئة يلحقه الغوث بسببها كالشد، أو نقول: ثبت وجوب القصاص في النفس بالأثر والإجماع على خلاف القياس **والطرف ليس مثلها فلا يلحق بها**.

قال رحمه اللّه: (وضمنا ديتها) أي ضمن القاطعان ديةالمقطوعة لأن التلف حصل بفعلهما فيجب عليهما نصف الدية عى كل واحد منهما الربع فيجب من مالهما لأن العاقلة لا تتحمل العمد.

قال رحمه الله: (وإن قطع واحد يميني رجلين فلهما قطع يمينه ونصف الدية) يعني إذا حضرا معاً سواء كان القطع جملة واحدة أو على التعاقب، وقال الشافعي رحمه اللّه: إن قطعهما على التعاقب يقطع للأوّل منهما ويغرم أرش اليد للثاني لأن يده صارت مستحقة له قصاصاً فمنع استحقاقها الثاني بالقطع فصار كما إذا رهن شيئاً من إنسان ثم رهنه من آخر بعد التسليم إلى الأوّل، وإن قطعهما معاً يقرع بينهما ويكون القصاص لمن خرجت له القرعة والأرش للآخر لأن اليد الواحدة لا تفي بالحقين وليس أحدهما أولى بها من الآخر فوجب المصير إلى القرعة، ولنا أن المساواة في سبب الاستحقاق توجب المساواة في الاستحقاق ولا معتبر بالتقدم والتأخر كالغريمين في التركة، وهذا لأن حق كل واحد منهما ثابت في كل اليد لتقرر السبب في حق كل واحد منهما وهو القطع، وكونه مشغولاً بحق الأول لا يمنع تقرّر السبب في حق الثاني، ولهذا لو كان القاطع لهما عبداً استويا في استحقاق رقبته، ولو كان يمتنع بالأوّل لما شاركه الثاني بخلاف الرهن، لأنه استيفاء حكماً فلا يثبت للثاني بعدما ثبت للأول كالاستيفاء حقيقة، ولأن المرتهن حقه ثابت في المحل حتى يحبسه بحقه ويكون خصماً فيه إذا استهلك ويقبض بدله فيكون رهناً مكانه، ولا كذلك المقطوع يده فإنه لم يثبت حقه في المحل، وإنما ثبت له حق التصرف فيه تصرفاً يفضي إلى قطع اليد والمحل خال عن حقه كما في القصاص في النفس، **ولهذا إذا قطعت يده لا يطالب** القاطع بشيء ولو كان حقه ثابتاً فيها لطالبه به كالمرتهن، فإذا لم يمنع الأول ثبوت حق الثاني فيها استويا فيها فيقطع لهما إذا حضرا معاً لعدم الأولوية، ويقضي لهما بنصف الدية يقتسمانه نصفين لاستوائهما

لأن لليد نصفاً وربعاً وثمناً ونحو ذلك اهـ إتقاني. **قوله: (والطرف ليس مثلها فلا يلحق به)** قال في المستصفى: والجواب عن قوله: كما تقتل الأنفس بنفس واحدة إن نقول القياس كذلك لكن تركناه بالأثر والمخصوص عن القياس لا يلحق به إلا ما كان في معناه من كل وجه وقطع الطرف ليس في معنى قتل النفس لأن القطع يحتمل الوصف بالتجزئ لأنه إبانة العضو فجاز أن يقطع البعض دون البعض، وأما القتل إزهاق الروح وإنه لا يتجزأ اهـ **قوله: (ولهذ إذا قطعت يده لا يطالب)** بأن قطعها شخص آخر لا يكون للمقطوع الأول مطالبة من

بخلاف ما إذا كان القصاص في النفس حيث يكتفى فيه بالقتل لهما، ولا يقضى لهما بالدية لما بينا من الفرق فيما تقدم.

قال رحمه الله: (فإن حضر واحد فقطع يده له فللآخر عليه نصف الدية) لأن للحاضر أن يستوفي حقه ولا يجب عليه التأخير حتى يحضر الآخر لثبوت حقه بيقين وحق الآخر متردّد لاحتمال أن لا يطلب أو يعفو مجاناً أو صلحاً فصار كأحد الشفيعين إذا حضر والآخر غائب حيث يقضي له بالشفعة في الكل لما قلنا، ثم إذا حضر الآخر بعدما قطعت يده للحاضر وطلب يقضي له بالدية لأن يده أوفى بها حقاً مستحقاً عليه فيضمنها لسلامتها له، ولو قضى بالقصاص بينهما ثم عفا أحدهما قبل استيفاء الدية فللآخرالقود عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وعند محمد رحمه الله له الأرش لأن القاضي بالقضاء أثبت الشركة بينهما فعاد حق كل واحد منهما إلى البعض فإذا عفا أحدهما لم يتمكن الآخر من استيفاء الكل، ولهما أن الإمضاء من القضاء في العقوبات فالعفو قبله كالعفو قبل القضاء، ولو قطع أحدهما يد القاطع من المرفق سقط القصاص لذهاب اليد التي فيها القصاص بالقطع ظلماً ولا ينقلب مالاً كما إذا قطعها أجنبي أو سقطت/ بآفة سماوية ولهما نصف الدية على حاله لأنها واجبة قبل قطعها فلا تسقط بالقطع ظلماً، ثم القاطع الأوّل بالخيار إن شاء قطع ذراع القاطع، وإن شاء ضمنه دية اليد وحكومة عدل في قطع الذراع إلى المرفق لأن يد القاطع كانت مقطوعة من الكف حين قطع القاطع الأوّل من المرفق فكانت كالشلاء، وعلى هذا لو كان المقطوع يده واحداً فقطع القاطع من المرفق سقط حقه في القصاص ووجب عليه القصاص، وللمقطوع من المرفق الخيار إن شاء قطع من المرفق، وإن شاء أخذ الأرش لما ذكرنا.

[٣/أ ٢٣٧]

قال رحمه الله: (وإن أقرّ عبد بقتل عمد يقتص به) **وقال زفر** رحمه الله: لا يصح إقراره لأنه يؤدي إلى إبطال حق المولى فصار كالإقرار بالقتل خطأ أو بالمال، ولنا أن العبد غير متهم في مثله لكونه يلحقه الضرر به فيصح، ولأن العبد مبقى على أصل الحرية في حق الدم عملاً بالآدمية، ألا ترى أن إقرار المولى عليه بالحدود والقصاص لا يجوز، فإذا صح لزم منه بطلان حق المولى ضرورة، وذلك لا يضر وكم من شيء يصح ضمناً، وإن كان لا يصح قصداً بخلاف الإقرار بالمال لأنه إقرار على المولى بإبطال حقه قصداً لأن موجبه بيع العبد أو الاستسعاء، وكذا إقراره بالقتل خطأ لأن موجبه دفع العبد أو الفداء على المولى ولا يجب على العبد شيء فلا يصح سواء كان العبد محجوراً عليه أو مأذوناً له في التجارة، لأنه ليس من باب التجارة فيكون باطلاً.

قطع يد قاطعه اهـ **قوله: (وقال زفر: إلخ)** وقول زفر: ينتقض بما إذا ارتد العبد لأنه يقتل مع وجود المعنى الذي ذكره اهـ غاية.

قال رحمه الله: (وإن رمى رجلاً عمداً فنفذ السهم منه إلى آخر يقتص للأوّل وللثاني الدية) لأن الأوّل عمد، والثاني أحد نوعي الخطأ وهو الخطأ في الفعل فكأنه رمى إلى حربي فأصاب مسلماً والفعل الواحد يتعدّد بتعدّده أثره.

فصل ومن قطع يد رجل ثم قتله أخذ بالأمرين إلخ

قال رحمه الله: (ومن قطع يد رجل ثم قتله أخذ بالأمرين لو عمدين أو مختلفين أو خطأين تخلل بينهما برء أولاً إلا في خطأين لم يتخلل بينهما برء فتجب دية واحدة كمن ضربه مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة) معنى هذا إذا قطع يده ثم قتله يجب عليه موجب القتل، **وموجب القطع إذا كان عمدين أو أحدهما عمداً والآخر خطأ** أو كانا خطأين وتخلل بينهما برء لا في خطأين لم يتخلل بينهما برء فتجب فيه دية واحدة، فحاصله أن الكل لا يتداخلان إلا الخطأين فإنهما يتداخلان

فصل ومن قطع يد رجل ثم قتله أخذ بالأمرين إلخ

قوله: (وموجب القطع إذا كانا عمدين أو أحدهما عمداً والآخر خطأ) هذه حالة تنقسم إلى حالتين إحداهما قطع يده عمداً ثم قتله خطأ، والأخرى قطع يده خطأ ثم قتله عمداً وكل منهما إما قبل البرء وبعده فصارت أربع صور، والحالتان الأخريان كذلك تتصوّر أربع صور فيصير المجموع (٨) صور في (٦) منها لا يتداخلان اتفاقاً، وفي واحدة يتداخلان اتفاقاً فتجب دية فقط، والثامنة خلافية عند أبي حنيفة لا يتداخلان وعندهما يتداخلان اهـ (فروع) قال في الجامع الصغير: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يقطع يد الرجل عمداً ثم يقتله خطأ قبل أن تبرأ اليد أو يقطع يده خطأ ثم يقتله عمداً قيل البرء، قال: يؤخذ بالأمرين جميعاً باليد والنفس إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير، قال أبو الليث في شرح الجامع الصغير: هذه المسألة وما يشاكلها على أربعة أوجه إما أن يقطع يده عمداً ثم يقتله عمداً أو يقطع يده خطأ ثم يقتله خطأ أو يقطع يده عمداً ثم يقتله خطأ أو يقطع يده خطأ ثم يقتله عمداً ثم كل وجه على وجهين، إما أن يبرأ فيما بين ذلك أو لا يبرأ فصارت الحاصل ثماني مسائل، وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: وهذا على وجوه أربعة، إما أن يكون كل واحد منهما عمداً أو خطأ أو القطع عمداً و القتل خطأ أو القطع خطأ والقتل عمداً وذلك كله قبل البرء أو بعد البرء، ففي الوجوه كلها بعد البرء يجمع بين الموجبين بالإجماع لأن الفعل الأوّل قد انتهى فيكون القتل بعده فعلاً ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهما حتى لو كانا عمدين له أن يقطع يده ثم يقتله، ولو كانا خطأين أخذ دية الطرف ودية النفس جميعاً، ولو كان أحدهما خطأ والآخر عمداً يقتص فيما هو عمد تؤخذ الدية فيما هو خطأ وإن كان لم يتخلل بينهما برء فإن

فيجب فيها دية واحدة إذا لم يتخلل بينهما برء، وإن تخلل بينهم برء لا يتداخلان، أما الأوّل وهو ما إذا كانا عمدين فالمذكور قول أبي حنيفة رضي اللّه عنه، **وعندهما يتداخلان** فيقتل حزاً ولا تقطع يده لأن الجمع بينهما ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء بينهما فصارا كالخطأين، وذلك لأن الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن لأن القتل يقع بضربات غالباً، واعتبار كل ضربة على حدتها يؤدّي إلى الحرج فيجمع تيسيراً إلا أن لا يمكن بأن يختلف حكم الفعلين كالعمد والخطأ أو يتخلل البرء بينهما لأن البرء قاطع للسراية فلا يمكن أن يجعل الثاني تتميماً للأوّل فيعتبر على حياله، وأمكن ذلك قبل البرء فصار كسراية الأول، **وله أن الجمع** متعذر لأن حز الرقبة يمنع سراية القطع كالبرء حتى لو صدرا من شخصين **وجب على كل واحد منهما القصاص** فكذا إذا كانا من شخص واحد فيقطع الأولياء يده ثم يقتلونه إن شاؤوا وإن شاؤوا قتلوه من غير قطع لأن القصاص يعتمد المساواة في الفعل، وذلك بأن يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع واستيفاء القطع بالقتل متعذر لاختلافهما حقيقة

كانا خطأ يكتفي بدية واحدة بالإجماع لأنه ما فوّت إلا نفساً واحدة فلا يجب به إلا دية واحدة، وإن كان أحدهما خطأ والآخر عمداً اقتص فيما هو عمد وأخذ بالدية فيما هو خطأ بالإجماع، ولا يتداخل أحدهما في الآخر لاختلافهما فأما إن كانا عمدين اختلفوا فيه، قال أبو حنيفة: يخير إن شاء قطع ثم قتل، وإن شاء اكتفى بالقتل وعندهما ليس له إلاالقتل، وهما يقولان: إنه ما فوَّت بالفعل إلا النفس فحسب كما إذا كانا خطأ فثمة تجب دية واحدة بالاتفاق، فكذا لا يجب هنا إلا قصاص واحد إذا كانا عمداً ولأبي حنيفة أنه أتى بجنايتين قطع وقتل فيجب عليه موجبان اهـ إتقاني. (فرع) اعلم أنه لا يخلو القطع والقتل من أن يتخلل بينهما برء أولا فإن تخلل بينهما برء يعتبر كل فعل ويؤخذ بموجب الفعلين لأن موجب الأوّل قد تقرر بالبرء فلا يدخل أحدهما في الآخر حتى لو كانا عمدين، فللولي القطع والقتل وإن كانا خطأين تجب دية ونصف دية، وإن كان أحدهما عمداً والآخر خطأ فإن كان القطع عمداً والقتل خطأ يجب في اليد القود وفي النفس الدية، وإن كان القطع خطأ والقتل عمداً يجب في اليد نصف الدية وفي النفس القود، وإن لم يتخلل بينهما برء فإن كان أحدهما عمداً، والآخر خطأ يعتبر كل فعل على حدة فيجب في الخطأ الدية وفي العمد القود وإن كانا خطأين يعتبر الكل جناية واحدة اتفاقاً فتجب دية واحدة، وإن كانا عمدين فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما اللّه يقتل، ولا يقطع وعند أبي حنيفة للولي الخيار إن شاء قطع وقتل، وإن شاء قتل اهـ حصاري. **قوله**: (**وعندهما يتداخلان**) أي إذا كان القتل قبل البرء يدل عليه قول الشارح وعدم تخلل البرء بينهما اهـ **قوله**: (**وله أن الجمع**) ومعنى الجمع هنا الاكتفاء بالقتل اهـ **قوله**: (**وجب على كل واحد منهما القصاص**) أي بقطع

وحكماً، ولأن المماثلة صورة ومعنى تكون باستيفائهما وبالاكتفاء بالقتل لم توجد المماثلة إلا معنى فلا يصار إليه مع القدرة على المماثلة صورة ومعنى فيخير الولي **بخلاف ما إذا مات من السراية لأن الفعل واحد**، وبخلاف ما إذا كانا خطأين لأن الموجب فيه / الدية وهي بدل المحل والمقتول واحد فيجب بدل واحد، ألا ترى أن عشرة لو [٢٣٧ب/٣] قتلوا واحداً خطأ يجب عليهم دية واحدة لاتحاد المحل، وإن تعدّد الفعل ولو قتلوه عمداً قتلوا به جميعاً لأن القصاص جزاء الفعل وهو متعدّد وإن اتحد المحل، ولأن أرش اليد لو وجب كان يجب عليه عند الحز لأنه وقت استحكام أثر الفعل ولا سبيل إليه لأنه حينئذٍ تجب دية النفس بالحز فيجتمع وجوب بدل الجزء والكل في حالة واحدة وهو محالٌ، ولو وجب ذلك لوجب بقتل النفس الواحدة ديات كثيرة للأطراف لأنها تتلف بتلف النفس، أما القطع والقتل فقصاصان فأمكن اجتماعهما، وبخلاف ما إذا قطع وسرى حيث يكتفى بالقتل لاتحاد الفعل، وأما الثاني وهو ما إذا كانا مختلفين بأن كان أحدهما خطأ والآخر عمداً، والثالث وهو ما إذا كانا خطأين وتخلل بينهما برء فلأن الجمع غير ممكن فيهما لاختلاف حكم الفعلين في الأوّل، ولتخلل البرء في الثاني وهو قاطع للسراية فيعطي لكل فعل حكم نفسه، وقوله: **لا في خطأين** لم يتخلل بينهما برء فتجب فيه دية واحدة هذا إخراج عن قوله أخذ بالأمرين أي بموجبي فعله إلا في هذه الصورة فإنهما يتداخلان، ولا يؤخذ إلا بالقتل فتجب فيه دية النفس لا غير وقد بينا وجهه في أثناء البحث، وقوله: كمن ضربه مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة يعني يجب فيه دية واحدة كما إذا كان القطع والقتل خطأين ولم يتخلل بينهما برء وإنما كان كذلك لأن الضربات التي برأ منها **ولم يبق لها أثر** سقط أرشها لزوال الشين، **وهذا عند أبي حنيفة** رحمه اللّه وعن أبي يوسف رحمه اللّه فيها حكومة عدل، وعن محمد رحمه اللّه أنه يجب فيه أجرة الطبيب وثمن الأدوية وتأتي المسألة بأدلتها في فصل الشجاج إن شاء اللّه تعالى، ولو بقي لها أثر بعد البرء يجب موجبه مع دية النفس بالإجماع لأن الأرش يجب باعتبار الشين في النفس وهو ببقاء الأثر.

يد القاطع وبقتل القاتل اهـ **قوله: (بخلاف ما إذا مات من السراية)** أي إذا قطع يده عمداً فمات من ذلك فإنه يقتل فقط اهـ **قوله: (لا في خطأين)** هكذا هو في نسخة قارئ الهداية ونسخة الشيخ شمس الدين الزراتيتي المقابلة على خط الشارح، وغالب نسخ المتن إلا بأداة الاستثناء وعليها شرح العيني والرازي وغيرهما رحمهم اللّه أجمعين اهـ **قوله: (ولم يبق لها أثر)** جعل كأنها لم توجد في حق الضمان، وإن اعتبرت في حق التعزير وصار كأنه لم يضر به إلا عشرة فمات منها فلا تجب إلا دية واحدة اهـ إتقاني. **قوله: (وهذا عند أبي حنيفة)**

قال رحمه الله: (وإن عفا المقطوع عن القطع فمات ضمن القاطع الدية، ولو عفا عن القطع وما يحدث منه أو عن الجناية لا فالخطأ من الثلث والعمد من كل المال) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، والعفو عن الشجة كالعفو عن القطع وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إذا عفا عن القطع أو عن الشجة فهو عفو عن النفس أيضاً حتى إذا مات بعد العفو بالسراية لا يضمن لأن العفو إذا أضيف إلى الفعل كالقطع، والشجة يراد به موجبه لأن نفس الفعل لا يحتمل العفو وموجبه أحد شيئين ضمان الطرف إن اقتصر، وضمان النفس إن سرى فيتناولهما فصار كالعفو عن الجناية، أو عن القطع وما يحدث منه أو عن الشجة وما يحدث منها، ولأن اسم القطع والشجة يتناول الساري والمقتصر لأن القطع جنس وهما نوعان فصارت السراية والاقتصار صفة له، ألا ترى أن من أمر إنساناً بقطع يده فقطعها وسرى إلى النفس لا يجب له عليه شيء لأن إذنه بالقطع يتناوله فكذا العفو عنه يتناول ما يحدث منه، وهذا لأن السبب يذكر ويراد به المسبب، ولهذا لو أبرأ المغصوب منه الغاصب عن الغصب كان ذلك إبراء عن موجب الغصب وهو ردّ العين عند قيامها وردّ القيمة بعد هلاكها، وكذا لو أبرأ البائع المشتري كان ذلك إبراء عن موجب العيب وهو الردّ عند الإمكان والرجوع بالنقصان عند تعذر الردّ، لأبي حنيفة رحمه الله أنَّ حق المجني عليه في القتل دون القطع لأنه لما سرى تبين أنه كان قتلاً من الابتداء فعفوه عن القطع يكون عفواً عن غير حقه فيبطل، ألا ترى أن من قال: لا قطع لي قبل فلان لا يوجب البراءة عن القصاص في النفس، ولو كان القطع يتناوله كما قالا: لاقتضى براءته عنه فكذا العفو/ عن القطع لا يتناول العفو عن القتل لكونهما غيرين فلم يصادف العفو [٢٣٨ / ٣] محل حقه فيبطل وتجب عليه الدية، والقياس أن يجب عليه القصاص في النفس لأنه قتل نفساً معصومة بغير حق عمداً إلا أنا استحسنا في سقوطه لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود، وهذا لأنه أضاف العفو إلى حقه من حيث الظاهر وذلك يكفي لدرء القصاص لا لسقوط المال لأنه يجب مع الشبهة، ولا نسلم أن الساري نوع من القطع وأن السراية صفةله بل الساري قتل من الابتداء وتبين ذلك بالسراية، وهذا لأن المعتبر في الجنايات مآلها لما أن أصل الفعل قد يكون غير موجب للقصاص في النفس ثم يصير موجباً له بالسراية، وقد يكون موجباً للقصاص ثم يصير غير موجب له، كما إذا قطع يده من المفصل فسرى إلى نصف الساعد وباعتبار المآل تبين أنه لم يكن له حق في اليد، **ولهذا لو عفا الولي عن اليد** بعد السراية لم يصح، ولو

وكذا الجواب في كل جرحة اندملت ولم يبق لها أثر اهـ إتقاني. **قوله: (ولهذا لو عفا الولي**

كان الساري نوعاً له لصح لإمكان الصرف إليه، ولأن القطع الأوّل لا يوجب قطعاً سارياً وإنما يوجب القطع فقط إن كان مقتصراً أو القتل فقط إن كان سارياً فلا موجب للقطع الساري فلا يتناوله العفو عن القطع، لأن القطع ليس باسم للقتل ولا هو سبب لوجوب القطع الساري على الجاني حتى يستعار له فلغا بخلاف العفو عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه أو عن الشجة وما يحدث منها، لأن الجناية اسم جنس يتناول الساري والمقتصر والقتل ابتداء، ألا ترى أنه لو قال: لا جناية لي قبل فلان أوجب البراءة عن الكل بخلاف ما إذا قال: لا قطع لي على ما بيناه، والعفو عن القطع وما يحدث منه أو عن الشجة وما يحدث منها صريح في العفو عن السراية، وأما مسألة الإذن بالقطع فإنما سقط الضمان عن القاطع فيها لأنه لما قطعه بأمره انتقل الفعل إليه فصار في التقدير كأنه هو الذي قطع يد نفسه فمات منه، ولو كان يتناول الساري لوجب الضمان على القاطع كما لو قال له: اقتلني فقتله فكان هذا شاهداً لأبي حنيفة رحمه اللّه كما تراه، وأما مسألة الغصب فلأن الغصب سبب لوجوب ردّ المغصوب أو قيمته **فجاز استعارته على المسبب** وكذا مسألة الردّ بالعيب بخلاف ما نحن فيه على ما بيناه، ولا يرد على هذا ما لو وقع الصلح عن القطع على عبد فأعتقه ثم مات المقطوع حيث لا ينتقض الصلح ولو لم يتناول الساري لانتقض لأنا نقول: لما أعتقه صار مختاراً للإمضاء فتضمن إعتاقه نقض الصلح الأول والتحول إلى الصلح عن الجناية أو نحو ذلك لأنه لا يتم إلا به على ما يأتي بيانه من بعد إن شاء اللّه تعالى، ولو كان القطع خطأ فهو كالعمد في هذه الوجوه حتى إذا أطلق بأن قال: عفوت عن اليد كان عفواً عن دية النفس عندهما وعن دية اليد فقط عنده، ولو قال: عفوت عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه كان عفواً عن دية النفس بالإجماع حتى إذا مات منه يسقط كل الدية فيه غير أنه يعتبر من الثلث لأن موجبه المال وقد تعلق به حق الورثة **فيعتبر من الثلث كسائر أمواله**، بخلاف ما إذا كان عمداً حيث يصح

عن اليد) أي قطع يده فمات فعفا ولي المقتول عن موجب اليد لا يسقط القصاص اهـ **قوله: (فجاز استعارته على المسبب)** يعني له اهـ **قوله: (فيعتبر من الثلث كسائر أمواله)** ويكون هذا وصية للعاقلة قال الصدر الشهيد وغيره: وهذا لا يشكل عند من لم يجعل القاتل واحداً من العاقلة أما من جعله واحداً من جملتهم فلا تصح الوصية بقدر حصته من الدية لأنها وصية للقاتل فلا تصح، قالوا: والصحيح أنها تصح في حق الكل، وإن حصلت للقاتل بقدر حصته لأنها لو لم تصح في الابتداء صحت في الانتهاء لأنها لو بطلت في الابتداء كان كلها وصية للعاقلة لأن من أوصى لمن تصح له الوصية، ولمن لا تصح له الوصية صار كلها لمن تصح له الوصية كمن أوصى لحي وميت كانت الوصية للحي تصحيحاً للوصية فهنا إذا لم

من جميع المال لأن موجبه القصاص، ولم يتعلق حق الورثة به **لأنه ليس بمال** وصار كما لو أعار أرضه في مرض موته وانتفع بها المستعير ثم مات المعير حيث ينفذ ذلك من جميع ماله لأن المنافع ليست بمال مطلقاً، وإنما تصير مالاً بعقد الإجارة ولم يتعلق حق الورثة بها في المرض وهو المراد بقوله: فالخطأ من الثلث والعمد من كل المال.

قال رحمه اللّه: (وإن قطعت امرأة يد رجل عمداً فتزوّجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها والدية في مالها وعلى عاقلتها لو خطأ) وهذا/ عند أبي حنيفة رحمه [٢٣٨ب/٣] اللّه لأن العفو عن اليد أو عن القطع لا يكون عفواً عما يحدث منه عنده فكذا التزوّج على اليد أو على القطع لا يكون تزوجاً على ما يحدث منه عنده، ثم إن كان القطع عمداً فهذا تزوج على القصاص في الطرف وهو ليس بمال على تقدير الاستيفاء وعلى تقدير السقوط أولى لأنها لا يمكنها أن تستوفي القصاص من نفسها فإذا لم يكن مالاً لا يصلح مهراً فيجب له عليه مهر المثل، ولا يقال: القصاص لا يجري بين الرجل والمرأة في الطرف فكيف يكون تزوّجاً عليه، لأنا نقول: الموجب الأصلي للعمد القصاص لإطلاق قوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ [المائدة:٤٥]، وإنما سقط للتعذر ثم يجب عليها الدية لأن التزوّج وإن تضمن العفو لكن عن القصاص في الطرف فإذا سرى تبين أنه قتل ولم يتناوله العفو فتجب الدية لعدم صحة العفو عن النفس، وذلك في مالها لأنه عمد والعاقلة لا تتحمله، والقياس أن يجب القصاص في النفس على ما بينا، فإذا وجب له الدية ولها المهر تقاصا إن استويا قدراً ووصفاً، وإن كان أحدهما أكثر رجع صاحبه على الآخر وإن كان القطع خطأ يكون هذا تزوجاً على أرش اليد، وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما إذا تزوجها على ما في يده ولا شيء فيها، والدية واجبة بنفس القتل لأنه خطأ ولا تقع المقاصة لأن الدية على العاقلة بخلاف ما إذا كان عمداً لأن الدية عليها والمهر على الزوج فلا فائدة في استيفاء كل واحد منهما حقه فيتقاصان.

قال رحمه اللّه: (وإن تزوّجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية فمات منه فلها مهر مثلها) لأن هذا تزوج على القصاص وهو ليس بمال فلا يصلح مهراً فيجب مهر المثل كما لو تزوجها على خمر أو خنزير.

تصح للقاتل تعود إلى العاقلة فتسقط عن العاقلة في الابتداء قصراً للمسافة اهـ غاية. سيأتي معنى هذه الحاشية في كلام الشارح في الصفحة الآتية لكنني بادرت بكتابتها ظناً أنه لم يذكره اهـ **قوله: (لأنه ليس بمال)** وإنما يحجر من أشرف على الموت عن التصرف في جميع ماله لحق الورثة وماليس بمال فالصحيح والمريض والقاتل وغير القاتل فيه سواء اهـ إتقاني.

قال رحمه الله: (ولا شيء عليها لو عمداً) لأنه رضي بسقوط القصاص على أنه يصير مهراً وهو لا يصلح مهراً فسقط أصلاً فصار كما إذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالاً فإنه يسقط مجاناً.

قال رحمه الله: (ولو خطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) لأن التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية تزوج على موجبها وموجبها الديةهنا وهي تصلح مهراً فصحت التسمية إلا أنه بقدر مهر مثلها يعتبر من جميع المال لأنه ليس فيه محاباة والمريض لا يحجر عليه في التزويج لأنه من الحوائج الأصلية فينفذ قدر مهر المثل من جميع المال وما زاد على ذلك من الثلث لأنه تبرّع، والدية تجب على عاقلتها وقد صارت مهراً فتسقط كلها عنهم إن كان مهر مثلها مثل الدية أو أكثر ولا يرجع عليهم بشيء لأنهم كانوا يتحملون عنها بسبب جنايتها فإذا صار ذلك ملكاً لها سقط عنهم فلا يغرمون لها، وإن كان مهر مثلها أقل من الدية سقط عنهم قدر مهر مثلها لما ذكرنا، وما زاد على ذلك ينظر فإن خرج من الثلث سقط عنهم أيضاً لأنه وصية لهم فيصح لأنهم أجانب وإن كان لا يخرج من الثلث سقط عنهم قدر الثلث، وأدّوا الزيادة إلى الولي لأن الوصية لا نفاذ لها إلا من الثلث ثم قيل: لا يسقط قدر نصيب القاتل لأن الوصيةللقاتل لا تصح والأصح أنه يسقط كله لأنه أوصى لمن تجوز له الوصية ولمن لا تجوز له الوصية فيكون الكل لمن تجوز له الوصية كمن أوصى لحي وميت فإن الوصية كلها تكون للحي، ولأنه لو لم يسقط نصيبه لكان ذلك القدر هو الواجب بالقتل فتتحمله العاقلة عنه فيقسم عليهم فما أصاب العاقلة يسقط لما ذكرنا، وما أصاب القاتل يكون هو الواجب بالقتل فيقسم أيضاً فيلزم مثل ذلك من نصيبه منه أيضاً، ثم هكذا وهكذا إلى أن لا يبقى منه شيء فلو أبطلنا الوصية في حصته ابتداء لزمنا/ تصحيحها انتهاء فصححناها ابتداء قصراً [٢٣٩/أ/٣] للمسافة، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: كذلك الجواب فيما إذا تزوجهّا على اليد أيضاً لأن العفو عن اليد عفوعما يحدث منه عندهما فصار الجواب في الفصلين واحداً عندهما.

قال رحمه الله: (ولو قطع يده فاقتص له فمات الأول قتل به) أي لو أن رجلاً قطع يد رجل فاقتص له فمات المقطوع الأول قتل المقطوع الثاني وهو القاطع الأول قصاصاً لأنه تبين أن الجناية كانت قتلاً عمداً، وحق المقتص له في القصاص في النفس واستيفاء القطع لا يوجب سقوط حقه في القتل لأن من له القصاص في النفس إذا قطع طرف من عليه القصاص ثم قتله لا يجب عليه شيء إلا أنه مسيء، ألا ترى أنه إذا أحرقه بالنار لا يجب عليه شيء غير الإساءة فإذا بقي له فيه القصاص فوارثه يقوم

مقامه، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يسقط حقه في القصاص لأن إقدامه على القطع دليل على أنه أبرأه عن غيره، قلنا: إنما أقدم عليه على ظن أنه حقه لا حق له غيره وبعد السراية تبين أن حقه في القود فلم يكن مبرئاً عنه بدون علمه ولو مات المقتص منه وهو المقطوع قصاصاً من القطع فديته على عاقلة المقتص له عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله: لا شيء عليه لأنه استوفى حقه وهو القطع فيسقط حكم السراية إذ الاحتراز عن السراية خارج عن وسعه فلا يتقيد بشرط السلامة كي لا ينسدّ باب القصاص فصار كالإمام إذا قطع يد السارق فسرى إلى النفس فمات، وكالبزاغ والفصاد والحجام والختان، وكما لو قال لغيره: اقطع يدي فقطعها ومات، وهذا لأن السراية تبع لابتداء الجناية فلا يتصوّر أن يكون ابتداء الفعل غير مضمون وسرايته مضمونة، ولأبي حنيفة رحمه الله إن حقه في القطع والموجود قتل حتى لو قطع ظلماً كان قتلاً فلم يكن مستوفياً حقه فيضمن، وكان القياس أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة فوجبت الدية بخلاف ما ذكروا من المسائل لأن إقامة الحدّ واجب على الإمام، وكذا الفعل واجب على غيره من البزاغ والفصاد والحجام والختان بالعقد وإقامة الواجب لا تتقيد بشرط السلامة، وفي مسألتنا الولي مخير بل العفو مندوب إليه فيكون من باب الإطلاق كالمرور على الطريق وكضرب الزوجة فيتقيد بشرط السلامة.

قال رحمه الله: (**وإن قطع** يد القاتل وعفا ضمن القاطع دية اليد) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا: لا شيء عليه لأنه قطع يداً من نفس لو أتلفها لا يضمن كما لو قطع يد مرتدّ ثم أسلم ثم سرى وهذا لأنه استحق إتلافه بجميع أجزائه إذ الأجزاء تبع للنفس فبطل حقه بالعفو فيما بقي لا فيما استوفى، ولهذا لو لم يعف لا يجب عليه ضمان اليد، وكذا إذ عفا ثم سرى لا يضمن شيئاً **والقطع الساري أفحش من المقتصر** أو قطع وما عفا وما سرى ثم حز رقبته قبل البرء أو بعده فصار كما لو كان له قصاص في اليد فقطع أصابعه ثم عفا عن اليد فإنه لا يضمن أرش الأصابع والأصابع من الكف كالأطراف من النفس، ولأبي حنيفة رحمه الله أنه استوفى غير حقه فيضمن، وهذا لأن حقه في القتل لا في القطع وكان القياس أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة إذ كان له أن يتلف الطرف تبعاً للنفس، وإذا سقط القود وجبت الدية **وإنما لم يضمن في الحال** لاحتمال أن يصير قتلاً بالسراية فيظهر أنه استوفى حقه،

قوله: (**وإن قطع**) أي ولي المقتول اهـ **قوله**: (**والقطع الساري أفحش من المقتصر**) فإذا لم يضمن الساري لا يضمن المقتصر اهـ **قوله**: (**وإنما لم يضمن في الحال**) جواب سؤال تقديره

وحقه في الطرف ثبت ضرورة ثبوت حق القتل، وهذه الضرورة عند الاستيفاء لا قبله فإذا وجد الاستيفاء ظهر حقه في الطرف تبعاً وإذا لم يستوف لم يظهر حقه في الطرف لا أصلاً ولا تبعاً فتبين أنه استوفى غير حقه، وأما إذا لم يعف / فإنما لم يضمن لمانع [٢٣٩ب/٣] وهو قيام الحق في النفس لاستحالة أن يملك قتله، وتكون أطرافه مضمونة عليه فإذا زال المانع بالعفو ظهر حكم السبب، وإذا سرى فهو استيفاء للقتل فتبين أن العفو كان بعد الاستيفاء، ولو قطع وما عفا وبرأ **فهو على الخلاف في الصحيح**، ولو قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء لأن القطع انعقد على وجه يحتمل السراية فكان حز الرقبة تتميماً لما انعقد له القطع فلا يضمن حتى لو حز رقبته بعد البرء فهو على الخلاف في الصحيح على أنا لا نسلم ظهور حقه عند الاستيفاء في التوابع، وإنما دخلت في النفس لعدم إمكان التحرّز عن إتلافها والأصابع تابعة قياماً والكف تابع لها عرضاً لأن منفعة البطش تقوم بالأصابع بخلاف الطرف فإنه تابع للنفس من كل وجه.

باب الشهادة في القتل

قال رحمه اللّه: (ولا يقيد حاضر بحجته إذا أخوه غاب عن خصومته، فإن يعد لا بدّ من إعادته ليقتلا ولو خطأ أو ديناً لا) أي إذا قتل شخص وله وليان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل لا يقتل القاتل قصاصاً فإن عاد الغائب فليس لهما أن يقتلاه بتلك البينة بل لا بدّ لهما من إعادة تلك البينة ليقتلاه، وهذ عند أبي حنيفةرحمه اللّه وقالا: لا يعيد، **ولو كان القتل خطأ** أو ديناً لا يعيدها بالإجماع، وأجمعوا على أن القاتل يحبس إذا أقام الحاضر البينة لأنه صار متهماً بالقتل والمتهم يحبس، وأجمعوا على أنه لا يقضى بالقصاص ما لم يحضر الغائب لأن المقصود من القصاص الاستيفاء، والحاضر لا يتمكن من الاستيفاء بالإجماع بخلاف ما إذا كان خطأ أو ديناً لأنه يتمكن من الاستيفاء لهما في الخلافية أن البينة متى أقامها من له

أن يقال: لما سقط القصاص ووجب المال ينبغي أن يثبت في الحال ولا يتوقف على البرء كما في الجنايات اهـ **قوله**: (**فهو على الخلاف في الصحيح**) لأنه بعد البرء تبين أن القطع بغير حق اهـ.

باب الشهادة في القتل

لما كانت الشهادة بالقتل متعلقة بالقتل أوردها عقيب حكم القتل لأنه لما تعلق به صار كالتابع له اهـ **قوله**: (**ولو كان القتل خطأ إلخ**) قال في الحقائق: ولو كانت دعوى في القتل الخطأ بالدية والمسألة بحالها يقضى بالدية على عاقلة القاتل، وإذا حضر الغائب لا

الخصومة تكون معتبرة ملزمة فلم يجب إعادتها بعد ذلك وأحد الورثة ينتصب خصماً عن نفسه وعن شركائه فيما يدعي للميت، وعلى الميت كما في دعوى الخطأ ودعوى المال **والقصاص موروث** عن الميت حتى تجرى فيه سهام الورثة **ويصح عفوه قبل الموت** وتقضى ديونه منه إذا انقلب مالاً، وكذا تنفذ وصاياه منه كما في الدية فإذا لم تجب إعادة البينة في أحد بدلي الدم وهو الدية، فكذا في البدل الآخر وهو القصاص، **ولأبي حنيفة رحمه الله أن القصاص غير موروث** لأنه يثبت بعد الموت للتشفي ودرك الثأر والميت ليس من أهله، وإنما يثبت للورثة ابتداء بطريق الخلافة بسبب انعقد للميت أي يقومون مقامه فيستحقونه ابتداء من غير أن يثبت للميت كالعبد يقبل الهبة يقع الملك فيها للمولى ابتداء بطريق الخلافة عنه، وإنما كان كذلك لأن القصاص ملك الفعل في المحل بعد موت المجروح ولا يتصوّر الفعل من الميت ولهذا صح عفو الورثة قبل موت المجروح وإنما صح عفو المجروح لأن السبب انعقد له، وفي قوله تعالى: ﴿ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً﴾ [الإسراء: ٣٣] نص على أن القصاص يثبت للوارث ابتداء بخلاف الدية والدين لأن الميت أهل لملك المال، ولهذا لو نصب شبكة فتعقل بها صيد بعد موته يملكه وأصل الاختلاف راجع إلى أن استيفاء القصاص حق الورثة عنده وحق الميت عندهما فإذا كان القصاص يثبت حقاً للورثة عنده ابتداء لا ينتصب أحدهم خصماً عن الآخرين إثبات حقهم

يكلف إعادة بينته بالإجماع اهـ **قوله: (والقصاص موروث)** أي يثبت ملك القود للمورث ثم للوارث اهـ (فرع) قال في فتاوى قاضيخان: للأب استيفاء القصاص لابنه الصغير في النفس وفيما دون النفس، وله أن يصالح عنهما وليس للوصي أن يستوفي القصاص في النفس، وله أن يستوفي القصاص فيما دون النفس وله أن يصالح فيما دون النفس واختلفت الروايات في الصلح عن النفس ذكر في الجامع الصغير أن له ذلك، وذكر في الصلح أنه ليس له ذلك، وأما القاضي ذكر في بعض الروايات عن محمد أن القاضي لا يستوفي القصاص للصغير لا في النفس، ولا فيما دون النفس ولا أن يصالح، وذكر في الصلح إذا قتل رجلاً لا ولي له عمداً للإمام أن يقتله أو يصالحه وليس له أن يعفو ويستحق القصاص من يستحق ميراثه على فرائض الله تعالى يدخل فيه الزوج والزوجة وكذا الدية اهـ وقال الولوالجي: ولأن استيفاء القصاص لمن يستحق القصاص والمستحق للقصاص من يستحق مال القتيل على فرائض الله يدخل فيه الزوج والزوجة وكذا الدية اهـ **قوله: (ويصح عفوه قبل الموت)** قال قاضيخان في الوصايا: جريح أوصى عند موته أن يعفى عن قاتله والقتل عمد كان باطلاً في قياس أبي حنيفة **قوله: (ولأبي حنيفة أن القصاص غير موروث إلخ)** قال الإتقاني: ولأبي حنيفة أن القصاص حق الميت من وجه وحق الورثة ابتداء من وجه وذلك لأنه شرع للتشفي ودرك

بغير وكالة منه، فبإقامة الحاضر البينة لا يثبت القصاص في حق الغائب فيعيدها بعد حضوره ليتمكن من الاستيفاء ولا يلزمه أن القصاص إذا انقلب مالاً يصير حقاً للميت لأنه إذا انقلب مالاً صار صالحاً لقضاء حوائجه فصار مفيداً بخلاف القصاص، ولا يصح الاستدلال بصحة عفو المورّث لأنه إنما يصح في جواب الاستحسان لوجود سببه على ما بينا وهو معارض بعفو الوارث فإنه يجوز أيضاً قبل موت المورّث / بعد [٢٤٠/ ١ ٣/] الجرح استحساناً لوجود السبب، فلولا أن الحق يثبت له ابتداء لما صح عفوه.

قال رحمه الله: (فإن أثبت القاتل عفو الغائب لم يقد) معناه أن القاتل إذا أقام بينة أن الغائب قد عفا كان الحاضر خصماً وسقط القصاص لأنه ادّعى حقاً على الحاضر وهو سقوط حقه في القصاص وانقلاب نصيبه مالاً، ولا يتمكن من إثباته إلا بإثبات العفو من الغائب فانتصب الحاضر خصماً عن الغائب في الإثبات عليه بالبينة فإذا قضى عليه صار الغائب مقضياً عليه تبعاً له.

قال رحمه الله: (وكذا لو قتل عبدهما وأحدهما غائب) أي لو كان عبد بين رجلين فقتل عمداً وأحد الموليين غائب فحكمه مثل ما ذكرنا في الوليين حتى لا يقتل ببينة أقامها الحاضر من غير إعادة بعد عود الغائب، ولو أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا **فالشاهد خصم** ويسقط القصاص لما بينا، فحاصله أن هذه المسألة مثل الأولى في جميع ما ذكرنا إلا أنه إذا كان القتل عمداً أو خطأ لا يكون الحاضر خصماً

الثأر وهذا حق للورثة ابتداء من هذا الوجه لأن الميت لا ينتفع به من حيث أنه بدل النفس حق الميت، ولهذا إذا انقلب مالا تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه، وإذا كان القصاص حقاً للورثة من وجه لم يجز أن ينتصب أحد الورثة خصماً عن الوارث الآخر لأنه أثبت حق نفسه لا حق غيره، فلا بد من إعادة البينة للغائب لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الميت لا عن ولي آخر فلما ثبت أن القصاص حق الميت من وجه وحق الورثة من وجه ثبت القتل من وجه أيضاً، والثبوت من وجه أورث الشبهة والمتهم يحبس بخلاف الدية فإنه حق الميت من كل وجه لأنه ينتفع بها فجاز أن ينتصب أحد الورثة خصماً عن الميت فلم يحتج إلى إعادة البينة اهـ **قوله**: (**فالشاهد خصم**) هكذا هو في النسخ والمراد به الحاضروالله الموفق اهـ وكتب ما نصه وكذا عبر به في الهداية اهـ فكذا هو بخط الشارح اهـ (فرع) اعلم أنه إذا كان أولياء المقتول ثلاثة فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو فلا يخلو الحال من أربعة أمور لا زائد عليها الأوّل أن يصدقهما القاتل والمشهود عليه، الثاني أن يكذبهما القاتل والمشهود عليه، الثالث أن يصدقهما القاتل دون المشهود عليه، الرابع عكسه وهو أن يكذبهما القاتل دون المشهود عليه، فالثاني والثالث حكمهما معلوم من المتن، والرابع ذكر حكمه الشارح، والأوّل الحكم فيه ظاهر وهو أنه ينقلب نصيب

عن الغائب بالإجماع، والفرق لهما في الكل ولأبي حنيفة رحمه الله في الخطأ أن أحد الورثة خصم عن الباقين على ما بينا، ولا كذلك أحد المولين على ما عرف في موضعه.

قال رحمه الله: (وإن شهد وليان بعفو ثالثهما لغت) أي إذا كان أولياء المقتول ثلاثة فشهد اثنان منهم على الثالث أنه عفا فشهادتهما باطلة لأنهما يجرّان إلى أنفسهما نفعاً وهو انقلاب القود مالاً وهو عفو منهما لأنهما زعما أن القصاص قد سقط وزعمهما معتبر في حق أنفسهما.

قال رحمه الله: (فإن صدّقهما القاتل فالدية لهم أثلاثاً) أي صدّقهما القاتل دون الولي المشهود عليه لأنه بتصديقه إياهما أقرّ لهما بثلثي الدية فيلزمه لكن يزعمون كلهم أن نصيب الولي المشهود عليه قد سقط بعفوه وهو ينكر فلا يقبل قولهم عليه، ويحوّل نصيبه أيضاً مالاً فوجب عليه كل الدية.

قال رحمه الله: (وإن كذبهما فلا شيء لهما وللآخر ثلث الدية) أي إن كذبهما القاتل أيضاً بعد أن كذبهما الولي المشهود عليه بالعفو فلا شيء للوليين الشاهدين لأنهما بشهادتهما عليه بالعفو أقرا ببطلان حقهما في القصاص فصح إقرارهما في حق أنفسهما وادّعيا انقلابه مالاً فلا يصدّق دعواهما إلا ببينة؛ وللولي المشهود عليه ثلث الدية لأن دعواهما العفو عليه وينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه فينقلب نصيبه مالاً لأن سقوط القصاص مضاف إليهما، وإن صدقهما الولي المشهود عليه وحده دون القاتل ضمن القاتل ثلث الدية للولي المشهود عليه لأنه أقر له بذلك، فإن قيل: كيف يكون له الثلث وهو قد أقر أنه لا يستحق على القاتل شيئاً بدعواه العفو قلنا: ارتدّ إقراره بتكذيب القاتل إياه فوجب له ثلث الدية عليه، وفي الجامع الصغير كان هذا الثلث للشاهدين لا للمشهود عليه وهو الأصح لأن المشهود عليه يزعم أنه قد عفا فلا شيء له وللشاهدين على القاتل ثلثا الدية ديناً في ذمته، والذي في يده وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس

الشاهدين مالاً ويبطل حق المشهود عليه اهـ وهذا التقسيم مما ظهر لي حال المطالعة ثم رأيت الإتقاني رحمه الله ذكره ولله الحمد على الموافقة اهـ (فرع آخر) قال الحاكم الشهيد: ولو شهد أحدهما أنه قتله بسيف، وقال الآخر: إنه طعنه برمح أو شهد أنه ضربه بسيف وشهد الآخر أنه رماه بسهم أو اختلفا في مكان القتل أو وقته أو موضع

حقهما فيصرف إليهما لإقراره لهما بذلك كمن قال: لفلان عليَّ ألف درهم فقال المقرّ له: ليس لي ذلك، وإنما هو لفلان فيصرف إليه فكذا هذا، وهذا كله استحسان والقياس أن لا يلزم القاتل شيء لأن ما ادّعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لإنكاره، وما أقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بإقراره بالعفو لكونه تكذيباً له، وجوابه أن القاتل بتكذيبه الشاهدين قد أقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه أن القصاص قد سقط بشهادتهما، كما إذا عفيا والمقرّ له ما كذب القاتل حقيقة بل أضاف الوجوب إلى غيره بجعل الواجب للشاهدين، وفي مثله/ لا يرتد الإقرار كمن قال: لفلان عليَّ كذا فقال المقرّ له: ليس لي ولكنه لفلان على ما بينا. [٢٤٠ ب/٣]

قال رحمه الله: (وإن شهدا أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات يقتص) لأن الثابت بالبنية كالثابت معاينة، وفي ذلك القصاص على ما عرف، والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لأنه إذا كان مخطئاً لا يحل لهم أن يطلقوه بل يقولون: قصد غيره فأصابه لأن الموت بسبب الضرب إنما يعرف إذا صار بالضرب صاحب فراش ودام على ذلك حتى مات وتأويله إذا شهدوا أنه ضربه بشيء جارح.

قال رحمه الله: (وإن اختلف شاهد القتل في الزمان أو المكان أو فيما وقع به القتل أو قال أحدهما: قتله بعصاً وقال الآخر: لم أدر بماذا قتله بطلت) لأن القتل لا يتكرر فالقتل في زمان أو في مكان غير القتل في مكان آخر أو زمان آخر وكذا القتل بآلة غير القتل بآلة أخرى وتختلف الأحكام باختلاف الآلة فكان على كل قتل شهادة فردٌ فلم يقبل، ولأن اتفاق الشاهدين شرط للقبول فلم يوجد ولأن القاضي تيقن بكذب أحدهما لاستحالة اجتماع ما ذكرنا فلا يقتل بمثله، وكذا لو كمل النصاب في كل واحد منهما لتيقن القاضي بكذب أحد الفريقين وعدم الأولوية بالقبول بخلاف ما إذا كمل أحد الفريقين دون الآخر حيث يقبل الكامل منهما لعدم المعارض، وأما إذا بين أحدهما الآلة وقال الآخر: لا أدري بماذا قتله فلأن المطلق يغاير المقيد لأنه معدوم والمقيد موجود فاختلفا، وكذا أيضاً حكمهما مختلف فإن من قال: قتله بعصا يوجب الدية على العاقلة، ومن قال: لا أعلم على القاتل فاختلف المشهود به فبطلت وهو المراد بقوله، أو قال أحدهما: قتله بعصا، وقال الآخر: لم أدر بماذا قتله وكذا لو شهد أحدهما بالقتل معاينة والآخر على إقرار القاتل بذلك كان باطلاً لاختلاف المشهود به، فإن أحدهما فعل **والآخر قول**.

قال رحمه الله: (وإن شهدا أنه قتله وقالا: لا ندري بأي شيء قتله وجب فيه

الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة اهـ قوله: **(والآخر قول)** الذي في نسخة العلامة قارئ الهداية ونسخة الزراتيني المقابلة على نسخة الشارح بعد قوله، والآخر قول: وإن شهدا أنه

الدية) في ماله استحساناً والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة أصلاً لأنهما شهدا بقتل مجهول لأن الآلة إذا جهلت فقد جهل القتل لأن القتل يختلف حكمه باختلاف الآلة فيكون هذا غفلة من الشهود وجه الاستحسان أنهما شهدا بقتل مطلق، والمطلق ليس بمجمل لإمكان العمل به فيجب أقل موجبيه، وهو الدية ولا يحمل قولهما لا ندري على الغفلة بل يحمل على أنهما سعيا للدرء المندوب إليه في العقوبات إحساناً للظن بهما ومثل ذلك سائغ شرعاً لأن الشرع أطلق الكذب في إصلاح ذات البين على ما قال عليه الصلاة والسلام: «ليس بكذاب من أصلح بين اثنين فقال: خيراً أونما خيراً»[١] **فهذا مثله أو أحق منه** فيحمل عليه فلا يثبت جهلهما أو اختلافهما بالشك، **وإنما وجبت الدية في ماله دون العاقلة** لأن المطلق يحمل على الكامل فلا يثبت الخطأ بالشك.

قال رحمه الله: (وإن أقر كل واحد منهما أنه قتله، وقال الولي: قتلتماه جميعاً له قتلهما ولو كان مكان الإقرار شهادة لغت) أي إذا أقر رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلاناً فقال الولي: قتلتماه جميعاً فله أن يقتلهما، وإن شهد اثنان على رجل أنه قتل فلاناً وشهد آخران على آخر أنه قتله، وقال الولي: قتلتماه جميعاً بطلت الشهادة وليس له أن يقتل واحداً منهما وهو المراد بقوله: ولو كان مكان الإقرار شهادة لغت والفرق بينهما أن كل واحد من الإقرار والشهادة ينبئ أن كل القتل وجد من المقر والمشهود عليه ومقتضاه أن يجب القصاص عليه وحده، لأن معنى قوله: أنا قتلته انفردت بقتله، وكذا قول الشهود: قتله فلان يوجب انفراده بالقتل، وقول الولي: قتلتماه جميعاً تكذيب لبعضه حيث ادّعى اشتراكهما في القتل فكأنه قال: لم ينفرد بقتله بل شاركه آخر وهذا القدر من التكذيب يمنع قبول الشهادة لادّعائه/ فسقهم [٢٤١/أ/٣] به دون الإقرار لأن فسق المقرّ لا يمنع صحة الإقرار، ولو قال في الإقرار: صدقتما ليس له أن يقتل واحداً منهما لأن تصديقه كل واحد منهما تكذيب للآخر لأن كل واحد منهما يدّعي الانفراد بالقتل فتصديقه يوجب ذلك فصار كأنه قال: لكل واحد منهما قتلته وحدك ولم يشاركك فيه أحد كما تقول: فيكون مقرّاً بأن الآخر لم يقتله

قتله إلخ وليس فيهما. قال رحمه الله اهـ **قوله: (فهذا مثله أو أحق منه)** لأن الشاهد مندوب إلى الستر اهـ **قوله: (وإنما وجبت الدية في ماله دون العاقلة)** لأن القتل المطلق في الأصل عمد ولا يجب على العاقلة بالشك اهـ غاية.

---

(١) أخرجه البخاري في الصلح (٢٦٩٢)، ومسلم في البر والصلة والآداب (٣٦٠٥)، وأحمد في مسنده (٢٦٧٢٨).

بخلاف الأول وهو ما إذا قال: قتلتماه لأنه دعوى القتل من غير تصديق لهما فيقتلهما بإقرارهما، ولو أقر رجل بأنه قتله وقامت البينة على آخر أنه قتله وقال الولي: قتله كلاهما كان له أن يقتل المقر دون المشهود عليه لأن فيه تكذيباً لبعض موجبه على ما مر، وعلى هذا لو قال لأحد المقرين: صدقت أنت قتلته وحدك كان له أن يقتله لأنهما تصادقا على وجوب القتل عليه وحده، وكذا إذا قال لأحد المشهود عليهما: أنت قتلته كان له أن يقتله لعدم تكذيب شهوده عليه وإنما كذب الآخرين، وكذلك الحكم في الخطأ في جميع ما ذكرنا والله أعلم.

باب في اعتبار حالة القتل

قال رحمه الله: (المعتبر حالة الرمي) لأن الرمي فعل الرامي ولا فعل له بعده فوجب اعتبار حاله في حق الحل والضمان عند ذلك.

قال رحمه الله: (**فتجب الدية** بردّة المرمي إليه قبل الوصول) أي إذا رمى رجل رجلاً مسلماً فارتد المرمي إليه والعياذ بالله قبل وصول السهم إليه ثم وقع السهم به يجب على الرامي الدية وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا شيء عليه لأن التلف حصل في محل لا عصمة له، وإتلاف غير المعصوم هدر وهذا لأنه بارتداده أسقط تقوّم نفسه فيكون مبرئاً للرامي عن موجبه فصار كما إذا أبرأه في هذه الحالة، وهذا لأن إخراج نفسه عن التقوم كالإبراء، ألا ترى أن المغصوب منه إذا أعتق العبد المغصوب برئ الغاصب من الضمان، ولأبي حنيفة رحمه الله أن الضمان يجب بفعله وهو الرمي إذ هو الذي يدخل تحت قدرته دون الإصابة ولا فعل له أصلاً بعده فيصير قاتلاً بالرمي والمرمي إليه متقوّم في تلك الحالة، ألا ترى أنه لو رمى إلى صيد وهو مسلم ثم ارتد والعياذ بالله فأصاب السهم الصيد وهو مرتد **فجرح الصيد ومات حل أكله، وكذا لو** كفر بعد الرمي قبل الإصابة جاز

باب في اعتبار حالة القتل

قوله في المتن: (فتجب الدية إلخ) صورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل رمى رجلاً والمرمي مسلم ثم ارتد قبل أن يقع به السهم ثم وقع به السهم وهو مرتد فمات قال: الدية على الرامي لورثة المرتد، وقال أبو يوسف ومحمد: لا شيء على الرامي، وإن رمى وهو مرتد فوقع به السهم بعدما أسلم لم يكن على الرامي شيء في قولهم جميعاً إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير، وهذه من الخوّاص اهـ إتقاني. **قوله: (فصار كما إذا أبرأه في هذه الحالة)** قال الإتقاني: ولو أبرأه عن الجناية أو عن حقه ثم أصاب

تكفيره فكان العبرة بحالة الرمي، وكان القياس أن يجب القصاص لما ذكرنا، ولكن فيه شبهة لسقوط العصمة في حالة التلف فتجب الدية.

قال رحمه الله: (**لا بإسلامه**) أي لا يجب شيء بإسلام المرمي إليه بأن رمى إلى حربي أو مرتد فأسلم قبل الإصابة ثم أصابه بعدما أسلم وهذا بالإجماع، لأن الرمي لم ينعقد موجباً للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجباً بصيرورته متقوّماً بعد ذلك، وهذا كله يشهد لأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه.

قال رحمه الله: (والقيمة بعتقه) أي تجب القيمة بعتقه معناه أن رجلاً لو رمى إلى عبد فأعتقه المولى بعد الرمي قبل الإصابة ثم أصابه فمات منه لزمته القيمة وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه، **وقال محمد** رحمه الله: عليه فضل ما بين قيمته مرمياً إلى غير مرمى لأن العتق قاطع للسراية، وإذا انقطعت يبقى مجرّد الرمي وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمي إليه بالإضافة إلى ما قبل الرمي فيجب عليه ذلك حتى لو كانت قيمته ألف درهم قبل الرمي وثمانمائة بعده لزمه ما ثتان لأن العتق قاطع للسراية، **ألا ترى أن من قطع يد عبد** ثم أعتقه مولاه ثم مات منه لا يجب عليه إلا أرش

السهم لا شيء عليه اهـ **قوله: (فجرح الصيد ومات حل أكله)** ويعتبر قاتلاً من وقت الرمي، ولو كان مجوسياً فرمى إلى صيد ثم أسلم قبل الإصابة ثم أصابه وجرحه لا يحل أكله لأن المعتبر وقت الرمي ووقت الرمي كان مجوسياً وكذلك إرسال الكلب على هذا التفصيل اهـ إتقاني. **قوله: (وكذا لو)** أي كانت الجناية خطأ اهـ **قوله في المتن: (لا بإسلامه)** وذلك لأن المعتبر عند أبي حنيفة حالة الرمي ووقت الرمي لم يكن المرمي متقوّماً لعدم العصمة بكونه مرتداً أو حربياً فكان تلفه هدراً، وأما عندهما فلأن فعله وقت الرمي وقع فأسلم هدراً باعتبار الظاهر فلا ينقلب معتبراً ولأن قتل الحَربي والمرتد مأمور به فلو اعتبرنا حالة الإصابة لامتنع الناس من قتلهم فسقط اعتبار وقت الإصابة في حقهم لمكان الضرورة، بخلاف ما إذا كان مسلماً وقت الرمي لأنه لا ضرورة ثمة اهـ إتقاني. **قوله: (وقال محمد: إلخ)** قالوا في تفسير قول محمد: إنه ينظر بكم يشترى لو لم يكن ذلك الرمي، وبكم يشترى في تلك الحالة فيجب فضل ما بينهما اهـ إتقاني. **قوله: (ألا ترى أن من قطع يد عبد إلخ)** قال الإتقاني: وجه قول محمد أن توجه السهم إليه يوجب إشرافه على الهلاك فصار ذلك كالجرح الواقع به ولو جرحه ثم أعتقه مولاه تنقطع السراية فلا يضمن الدية ولا القيمة، وإنما يضمن النقصان فكذلك هاهنا والدليل على أن العتق يبطل سراية الجناية ما قال الصدر الشهيد: في شرحه إن من قطع يد عبد إنسان خطأ ثم أعتقه مولاه ثم مات لم يجب عليه قيمة النفس وإنما يجب عليه أرش اليد مع النقصان الذي نقصه القطع إلى أن عتق دل أن العتق يبطل سراية الجناية، ولأبي حنيفة وأبي يوسف أن الرامي جعل قاتلاً بفعله الذي هو الرمي

اليد مع النقصان الذي نقصه القطع **إلى العتق** وهو بنفس الرمي صار جانياً عليه لأنه يوجب النقصان كالقطع، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن الرامي يصير قاتلاً له من وقت الرمي وهو مملوك في تلك/ الحالة فتجب قيمته لما مر من أن المعتبر حالة الرمي فلم [٢٤١ ب/٣] يختلف المستحق في تلك الحالة بخلاف القطع والجرح، لأن كل واحد منهما إتلاف لبعض المحل والإتلاف يوجب الضمان للمولى لأنه ورد على محل مملوك له ثم إذا سرى لا يوجب شيئاً لأنه لو أوجب شيئاً لوجب للعبد لانقطاع حق المولى عنه وظهور حقه فيه فتصير النهاية مخالفة للبداية فصار ذلك كتبدّل المحل، وعند تبدّل المحل لا تتبدل السراية فكذا هنا، أما الرمي فقبل الإصابة ليس بإتلاف شيء منه لأنه لا أثر له في المحل وإنما قلت فيه الرغبات فلا يجب به الضمان قبل الاتصال بالمحل، ولكن انعقد الرمي علة تامّة لإيجاب الضمان عند الاتصال بالمحل وعند الاتصال بالمحل يستند الوجوب إلى وقت الانعقاد، فلا تخالف النهاية البداية فتجب قيمته للمولى وقال زفر رحمه اللّه: عليه الدية لأن الرمي إنما صار علة عند الإصابة إذ الإتلاف لا يصير علة من غير تلف يتصل به ووقت التلف المتلف حرّ فتجب ديته، وأبو يوسف رحمه اللّه مع أبي حنيفة فيه، والفرق له بين هذا وبين ما تقدّم من مسألة الارتداد أنه اعترض على الرمي ما يبطل عصمة المحل فيما تقدّم فجعل ذلك بمنزلة الإبراء، أما هنا اعترض على الرمي ما يؤكد عصمة المحل وهو الإعتاق **فلا يبطل به الجناية**.

وصار كأنه أصابه السهم في ذلك الوقت، وحين إذ كان المرمي إليه عبداً فتجب قيمته وقت الرمي للمولى، ألا ترى أن رجلاً لو كان مولى لرجل بالموالاة فرمى رجلاً ثم تحول ولاؤه إلى غيره، فالضمان على مولاه الأوّل ولا يجب على الآخر شيء، فكذلك هاهنا وكذلك مسلم رمى سهماً إلى صيد ثم ارتدّ والعياذ باللّه ثم وقع السهم به فقتله حل الصيد فكذا هاهنا وليس الرمي كالجرح الذي قاسه عليه محمد لوجود الفارق بينهما لأن الجرح يحصل به تلف بعض المحل، وحين إذ كان المحل للمولى فيجب الضمان للمولى أيضاً ثم بعد سراية الجرح إلى النفس لو وجب الضمان لوجب للعبد،لأنه معتق حينئذٍ وذلك متعذر لكون الانتهاء مخالفاً للابتداء، ولأنه ينزل منزلة تبدل المحل حقيقة وعند تبدل المحل لا تتحقق السراية، وأما الرمي قبل اتصال السهم بالمحل فلم يحصل به إتلاف أصلاً فلم يجب حين وجوده ضمان فلم يلزم مخالفة الانتهاء الابتداء، وإنما انقلب الرمي علة الإتلاف عند الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم إلى وقت الرمي، فكأنه وجد من ذلك الوقت فلم تلزم المخالفة فلم يكن العتق قاطعاً لسراية الرمي لعدم المخالفة اهـ **قوله: (إلى العتق)** مثلاً لو كانت قيمته عند القطع مائة وعند العتق سبعين يلزمه ثلاثون مع أرش اليد اهـ **قوله: (فلا يبطل به الجناية)** إلا أنه لا تلزمه الدية لأن الرمي وقع موجباً ضمان القيمة واعتباره

قال رحمه اللّه: (ولا يضمن الرامي برجوع شاهد الرجم بعد الرمي) معناه إذا قضى القاضي برجم رجل فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود بعد الرمي قبل الإصابة ثم وقع عليه الحجر فلا شيء على الرامي لما أن المعتبر حالة الرمي **وهو مباح الدم فيها**.

قال رحمه اللّه: (وحل الصيد بردّة الرامي لا بإسلامه) معناه إذا رمى مسلم صيداً فارتدّ قبل وقوع السهم بالصيد حل أكله ولو رماه وهو مجوسي فأسلم قبل الوقوع لا يحل لأن المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة إذ الرمي هو الذكاة لأنه فعله ويدخل تحت قدرته لا الإصابة فتعتبر الأهلية وعدمها عنده.

قال رحمه اللّه: (ووجب الجزاء بحله لا بإحرامه) أي لو رمى المحرم صيداً فحل قبل الإصابة ثم أصابه وجب عليه الجزاء، وإن رماه وهو حلال فأحرم قبل الإصابة فوقع على الصيد وهو محرم لا يجب عليه الجزاء لأن الجزاء يجب بالتعدّي وهو الرمي في حالة الإحرام ووجد ذلك في الأول دون الثاني، والأصل في مسائل هذا الباب أن المعتبر وقت الرمي بالاتفاق، وإنما عدل أبو يوسف ومحمد رحمهما اللّه تعالى عن ذلك فيما إذا رمى إلى مسلم فارتدّ والعياذ باللّه قبل الإصابة باعتبار أنه صار مبرئاً له على ما بيّنا في أوّل هذا الفصل واللّه سبحانه وتعالى أعلم.

وقت الإصابة يوجب الدية فلا تلزم الزيادة بالشك وقد ذكر الفقيه أبو الليث قول أبي يوسف مع محمد في الجامع الصغير في مسألة الإعتاق بعد الرمي، وذكر فخر الإسلام في شرحه قوله مع أبي حنيفة اهـ إتقاني. **قوله**: (**وهو مباح الدم فيها**) ولكن يجب الضمان على الراجع إن رجعوا جميعاً فعليهم الدية، وإن رجع واحد فعليه ربع الدية اهـ إتقاني.

كتاب الديات

الدية اسم للمال الذي هو بدل النفس وهو مصدر يقال: ودى القاتل المقتول إذا أعطى وليه ذلك سمي ذلك المال بالدية تسمية للمفعول بالمصدر.

قال رحمه اللّه: (دية شبه العمد مائة من الإبل أرباعاً من بنت مخاض إلى جذعة) أي خمس **وعشرون بنت مخاض** وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما اللّه تعالى، وقال محمد والشافعي رحمهما اللّه تعالى: ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون ثنية في بطونها أولادها لقوله عليه الصلاة والسلام: «ألا إن قتيل خطأ العمد بالسوط والعصا والحجر وفيه دية مغلظة مائة من الإبل أربعون منها **من ثنية إلى بازل عامها كلهن خلفة**»[1]، ولأنه لا خلاف أن التغليظ فيه واجب لشبهه بالعمد ومعنى التغليظ يتحقق بإيجاب سن لا يجب في الخطأ، ولهما أن النبي ﷺ «قضى في الدية بمائة من الإبل أرباعاً»[2] ومعلوم أنه لم يرد به الخطأ لأنها تجب أخماساً فعلم أن المراد به شبه العمد، ولأنه لا خلاف بين الأمّة أن الدية مقدرة بمائة من الإبل، قال

كتاب الديات

ذكر مسائل كتاب الديات بعد كتاب الجنايات لأن الدية أحد موجبي الجناية في الآدمي ولكن لما كان القصاص أعلاهما وأقواهما قدمه لأن معنى الأحياء والصيانة فيه أكثر، ولأن وجوب الدية فيما كان من العوارض كالخطأ وما في معناه والأصل عدم العارض فقدم القصاص على الدية ولهذا وهذا وضع القدوري في مختصره والشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره قدم كتاب الديات على كتاب الجنايات والطحاوي قدم القصاص على الديات حيث ترجم الكتاب بقوله: كتاب القصاص والديات ومحمد رحمه اللّه ذكر أحكام الجنايات في كتاب الديات ولم يسم كتاب الجنايات لأن عامة أحكامها الديات، وذلك لأن القصاص لا يجب إلا بالعمد المحض، والدية تجب في شبه العمد وفي الخطأ وفي العمد أيضاً، عند تمكن الشبهة اهـ غاية. **قوله**: (**وعشرون بنت مخاض**) بنت مخاض بالنصب على التمييز لأن مميز أحد عشر إلى تسعة وتسعين يجيء منصوباً وقد علم في النحو اهـ غاية. **قوله**: (**من ثنية إلى بازل عامها**) الثنى من الإبل ما استكمل السنة الخامسة

---

(١) أخرجه النسائي في القسامة (٤٧٩١)، وأبو داود في الديات (٤٥٨٨)، وابن ماجه في الديات (٢٦٢٧)، وأحمد في مسنده (١٤٩٦٢) واللفظ له.

(٢) جزء من الحديث المتقدم تخريجه.

عليه الصلاة والسلام: «في نفس المؤمن مائة من الإبل»[٣]، فلو أوجبنا الخلفات لزاد/ الواجب على المائة من وجه لأن ما تحمل حيوان من وجه وله عرضية الانفصال [٢٤٢/٣] فصار ذلك إيجاب الزيادة على تقدير الشرع فلا يجوز، وما روياه غير ثابت لأن الصحابة رضي اللّه تعالى عنهم اختلفوا في صفة التغليظ، فمذهب ابن مسعود رضي اللّه عنه أرباعاً مثل مذهبنا، ومذهب علي رضي اللّه عنه أثلاثاً ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة وأربعة وثلاثون خلفة ومذهب عثمان رضي اللّه عنه تجب أثلاثاً من كل جنس ثلاثة وثلاثون وثلث، ومذهب عمر وزيد بن ثابت والمغيرة وأبي موسى رضي اللّه تعالى عنهم أثلاثاً كمذهبهما، ولم تجر المحاجة به بينهم ولو كان صحيحاً لجرت ولوقع الاتفاق بينهم، **ولا يعارضونا بمثله،** لأنا نقول: إذا تعارضت الأخبار كان الأخذ بالمتيقن به وهو الأدنى أولى ولأن الدية عوض النفس والحامل لا يجوز أن تستحق في شيء من المعاوضات لوجهين: أحدهما ما ذكرنا من الزيادة والثاني أن صفة الحمل لا يمكن الوقوف على حقيقتها، **ولذلك لا يجب اللعان** بنفي الحمل ولأن الدية على العاقلة بطريق الصلة منهم للقاتل بمنزلة الصدقات والشرع نهانا عن أخذ الحامل في الصدقات لكونها من كرائم الأموال فكذا في الديات.

قال رحمه اللّه: (ولا تتغلظ إلا في الإبل) لأن الشرع ورد به وعليه الإجماع والمقدّرات لا تعرف إلا سماعاً إذ لا مدخل للرأي فيهافلم تتغلظ بغيره حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ قضاؤه لعدم التوقيف في التقدير بغير الإبل.

قال رحمه اللّه: (والخطأ مائة من الإبل أخماساً ابن مخاض وبنت مخاض وبنت لبون وحقة وجذعة) أي دية الخطأ من الإبل أخماساً ابن مخاض إلخ أي خمسه ابن مخاض وخمسه بنت مخاض وخمسه بنت لبون وخمسه حقة وخمسه جذعة، فإذا كان أخماساً يكون من كل نوع من هذه الأنواع عشرون، لما روى ابن مسعود رضي اللّه عنه أن النبي ﷺ قال: «في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض ذكر»[٢]، رواه أبو داود والترمذي

ودخل في السادسة والبازل من الإبل ما دخل في السنة التاسعة والذكر والأنثى فيه سواء اهـ من خط الشارح. **قوله:** (**كلهن خلفة**) الخلفة الحامل من النوق اهـ خواهر زاده. **قوله:** (**ولا يعارضون بمثله**) أي لا يقال: لو صح حديثكم أيضاً لرجعوا إليه ولما اختلفوا اهـ **قوله:** (**ولذلك لا يجب اللعان**) إنما يتمشى على قول أبي حنيفة اهـ **قوله:** (**لأن الشرع ورد به**)

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣٥٧/٤).

(٢) تقدم تخريجه.

وأحمد وغيرهم، والشافعي أخذ بمذهبنا غير أنه قال: يجب عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض، والحجة عليه ما روينا ولأن ما قلنا أخف لإقامة ابن مخاض مقام ابن لبون فكان أليق بحال المخطئ، ولأن الشرع جعل ابن اللبون بمنزلة بنت المخاض في الزكاة حيث أخذه مكانها فإيجاب عشرين منه مع العشرين من بنت المخاض كإيجاب أربعين بنت مخاض، وذلك لا يليق بل لا يجوز لعدم التغاير وذلك لأنه عليه الصلاة والسلام لم يرد بتغيير أسنان الإبل إلا التخفيف ولا يتحقق فيه التخفيف فلا يجوز.

قال رحمه الله: (أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم) أي الدية من الذهب ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم، وقال مالك والشافعي رحمهما الله: الدية اثنا عشر ألف درهم لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلاً قتل فجعل «النبي ﷺ ديته اثني عشر ألفاً»[١] رواه أبو داود والترمذي، ولأنه لا خلاف أنها من الدنانير ألف دينار وكانت قيمة الدينار على عهد رسول الله ﷺ اثني عشر درهماً، ولنا ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ «قضى بالدية في قتيلٍ بعشرة آلاف درهم»[٢]، وما قلنا: أولى للتيقن به لأنه أقل أو يحمل ما رواه على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة، وهكذا كانت دراهمهم في زمان رسول الله ﷺ إلى زمان عمر رضي الله عنه على ما حكاه الخبازي في كتاب الزكاة فإنه قال: كانت الدراهم على عهد رسول الله ﷺ ثلاثة الواحد منها وزن عشرة أي العشرة منه وزن عشرة دنانير فهو قدر الدينار والثاني/ وزن ستة أي العشرة منه وزن ستة دنانير، والثالث وزن خمسة أي العشرة منه وزن خمسة دنانير، **فجمع عمر رضي الله عنه بين الثلاثة** فخلطه فجعله ثلاثة دراهم فصار ثلث المجموع درهماً فكشف هذا أن الدينار عشرون قيراطاً فوزن العشرة يكون مثله عشرين قيراطاً ضرورة استوائهما ووزن الستة يكون نصف الدينار وعشره فيكون اثني عشر قيراطاً ووزن الخمسة يكون نصف الدينار فيكون عشرة قراريط فيكون المجموع اثنين وأربعين قيراطاً، فإذا جعلتها أثلاثاً صار كل ثلث أربعة عشر قيراطاً وهو الذي كان عليه درهمهم فإذا حمل ما رواه الشافعي على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة استويا، والذي يرجح مذهبنا ما روي أن الواجب في الجنين خمسمائة درهم وهو عشر دية الأم عنده سواء كان ذكراً أو أنثى وعندنا عشر دية نفسه

[٢٤٢ب/٣]

فيه دون غيره اهـ **قوله: (فجمع عمر بين الثلاثة)** أي أخذ من كل نوع درهماً اهـ.

---

(١) أخرجه الترمذي في الديات (١٣٨٨)، والنسائي في القسامة (٤٨٠٣) واللفظ له، وأبو داود في الديات (٤٥٤٦)، والدارمي في الديات (٢٣٦٣).

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤ / ٣٦٢) وقال غريب.

إن كان أنثى ونصف العشر إن كان ذكراً فعلم بذلك أن دية الأم خمسة آلاف، ودية الرجل ضعف ذلك وهو عشرة آلاف، ولأنا أجمعنا أنها من الذهب ألف دينار والدينار مقوّم في الشرع بعشرة دراهم، ألا ترى أن نصاب الفضة في الزكاة مقدّر بمائتي درهم ونصاب الذهب فيها بعشرين ديناراً فيكون غنياً بهذا القدر من كل واحد منهما إذ الزكاة لا تجب إلا على الغني فيعلم بذلك علماً ضرورياً أن الدينار مقوّم بعشرة دراهم ثم الخيار في هذه الأنواع الثلاثة إلى القاتل لأنه هو الذي يجب عليه فيكون الخيار إليه كما في كفارة اليمين ولا تثبت الدية إلا من هذه الأنواع الثلاثة عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقالا: يجب منها ومن البقر ما ئتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لما روي عن جابر رضي اللّه عنه أن النبي ﷺ «فرض في الدية على أهل الإبل مائة من الإبل، وعلى أهل البقر مائتي بقرة، وعلى أهل الشاء ألفي شاة، وعلى أهل الحلل مائتي حلة»[١] رواه أبو داود، وكان عمر رضي اللّه عنه يقضي بذلك على أهل كل مال مما ذكرنا وكل حلة ثوبان إزار ورداء هو المختار، وفي النهاية قيل: في زماننا قميص وسراويل وله أن التقدير إنما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الأشياء مجهولة المالية، ولهذا لا يقدر بها ضمان المتلفات والتقدير بالإبل عرف بالآثار المشهورة ولم يوجد ذلك في غيرها فلا يعدل عن القياس والآثار التي وردت فيها يحتمل القضاء بها بطريق الصلح فلا يلزم حجة، **وذكر في المعاقل** أنه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة أو على مائتي بقرة **لا يجوز وتأويله أنه قولهما**.

قال رحمه اللّه: (وكفارتها ما ذكر في النص) أي كفارة القتل خطأ وشبه عمد هو الذي ذكر في القرآن وهو الإعتاق والصوم على الترتيب متتابعاً كما ذكر في النص، قال اللّه تعالى: ﴿فتحرير رقبة مؤمنة﴾ [النساء:٩٢] وشبه العمد خطأ في حق القتل وإن كان عمداً في حق الضرب فتتناولهما الآية ولا يختلفان فيه لعدم النقل بالاختلاف بخلاف الدية، حيث تجب في شبه العمد مغلظة لوجود التوقيف في التغليظ في شبه العمد دون الخطأ والمقادير لا تجب إلا سماعاً.

قوله: (وذكر في المعاقل إلخ) قال الإتقاني: ما نصه وقال في شرح الطحاوي: وقيل: لا اختلاف بينهم لأنه ذكر في كتاب المعاقل أن الولي لو صالح على أكثر من مائتي حلة فالفضل باطل بالإجماع فلولا أنه من جنس الدية لوجب أن يجوز ولو صالح مع العاقلة أو مع القاتل على أكثر من عشرة آلاف درهم أو أكثر من ألف دينار أو أكثر من[٢]. **قوله: (لا يجوز وتأويله أنه قولهما)** أي تأويل ما ذكر في المعاقل أنه مذهب أبي يوسف ومحمد لا

---

(١) أخرجه النسائي في القسامة (٤٨٠١)، وأبو داود في الديات (٤٥٤٢)، وابن ماجه في الديات (٢٦٣٠)، وأحمد في مسنده (٦٩٩٤).

(٢) لعله فراغ في الأصل.

قال رحمه الله: (ولا يجوز الإطعام والجنين) لأن الإطعام لم يرد به نص والمقادير لا تعرف إلا سماعاً ولأن المذكور كل الواجب **للفاء في الجواب** أو لكونه كل المذكور والجنين لم تعرف حياته ولا سلامته فلم يجز، ولأنه عضو من وجه فلا يدخل تحت مطلق النص.

قال رحمه الله: (ويجوز الرضيع لو أحد أبويه مسلماً) لأنه مسلم تبعاً له والظاهر سلامة أطرافه على ما عليه الجبلة، ولا يقال: كيف اكتفى هنا بالظاهر في سلامة أطرافه حتى جاز التكفير به، **ولم يكتف بذلك في حق وجوب الضمان** بإتلاف أطرافه، لأنا نقول: الحجة في التكفير إلى دفع الواجب/ والظاهر يصلح حجة للدفع [٢٤٣/١/٣] والحاجة في الإتلاف إلى إلزام الضمان وهو لا يصلح حجة فيه، ولأنه يظهر حال الأطراف فيما بعد في التكفير إذا عاش ولا كذلك في الإتلاف فافترقا.

قال رحمه الله: (ودية المرأة على النصف من دية الرجل في النفس وفيما دونها) روي ذلك عن علي رضي الله عنه موقوفاً ومرفوعاً، وقال الشافعي رحمه الله: الثلث وما دون الثلث لا يتنصف لما روي عن سعيد بن المسيب أنه السنة، وقال الشافعي: السنة إذا أطلقت يراد بها سنة النبي ﷺ، ولنا ما روينا وما روي أن كبار الصحابة رضي الله عنهم أفتوا بخلافه، ولو كان سنة النبي ﷺ لما خالفوه وقوله: سنة محمول على أنه سنة زيد لأنه لم يروا إلا عنه موقوفاً، ولأن هذا يؤدّي إلى المحال وهو ما إذا كان ألمها أشدّ ومصابها أكثر أن يقل أرشها، بيانه أنه لو قطع إصبع منها يجب

مذهب أبي حنيفة إذ عنده يجوز ذلك لأنه ليس من المنصوص عليه اهـ **قوله: (للفاء في الجواب)** لأن بدخول الفاء يعلم أنه جزاء الشرط قبله وجزاء الشرط لا يكون جزاء إلا إذا كان كاملاً في كونه جزاء، ألا ترى أنه لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق يجعل قوله: فأنت طالق جزاء كاملاً من غير أن يقدر فيه، وزينب طالق أيضاً، أو وعبدي حر. **قوله: (ولم يكتف بذلك في حق وجوب الضمان)** قال الإتقاني: والرضيع في العادة هو الذي لم تتبين سلامة أعضائه حتى جعل بمنزلة المقعد في حكم القصاص، والأرش في مسألة الجامع الصغير في مولود يولد فقطع رجل ذكره ففيه حكومة عدل إلا أن يكون الذكر قد تحرك ففيه القصاص في العمد، والدية في الخطأ وكذلك إذا قطع لسانه وقد استهل ففيه حكومة عدل إلا أن يكون تكلم ففيه الدية كاملة، وكذلك بصره ففيه حكومة عدل إلا أن يعلم أنه قد أبصر، وفي هذه المسألة جعله بمنزلة سليم الأطراف، ووجه التوفيق أن سلامة الأطراف لم تثبت بالدليل والقطع يحسم باب حدوث السلامة فصار النقصان لازماً فوجب حكومة العدل، وأما الإعتاق فلا يحسم باب السلامة فيكون تأويل المسألة أنه أعتق ثم عاش حتى ظهرت سلامة أعضائه وأطرافه حتى أنه لو مات قبل أن يظهر ذلك لم تتأدّ به الكفارة، كذا

عشر من الإبل، ولو قطع إصبعان يجب عشرون، وإذ قطع ثلاث يجب ثلاثون لأنها تساوي الرجل فيه على زعمه لكونه ما دون الثلث، ولو قطع أربعة يجب عشرون للتنصيف فيما هو أكثر من الثلث، فقطع الرابعة لا يوجب شيئاً بل يسقط ما وجب بقطع الثالثة، وحكمة الشارع تنافي ذلك فلا يجوز نسبته إليه لأن من المحال أن تكون الجناية لا توجب شيئاً شرعاً وأقبح منه أن تسقط ما وجب بغيرها هذا مما يحيله العقلاء بالبديهة، وأن الشافعي رحمه الله يعتبر الأطراف بالأنفس وتركه هنا حيث نصف دية النفس ولم ينصف دية الأطراف إلا إذا زاد على الثلث.

قال رحمه الله: (ودية الذمي والمسلم سواء) وقال مالك رحمه الله: دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه الصلاة والسلام: «عقل الكافر نصف دية المسلم»[1] والكل عنده اثنا عشر ألفاً، وقال الشافعي رحمه الله: دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم، ودية المجوسي ثمانمائة درهم لما روي أنه عليه الصلاة والسلام «جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم»[2]، ولنا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ ودى **العامريين** اللذين كان لهما عهد من رسول الله ﷺ وقتلهما **عمرو بن أمية الضمري** بمائة من الإبل، وقال عليه الصلاة والسلام: «دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار»[3]، وعن الزهري أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يجعلان دية الذمي مثل دية المسلم»، وقال علي رضي الله عنه: «إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا»، وفي ظاهر قوله تعالى: ﴿وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء: ٩٢] دلالة عليه لأن المراد منه ظاهراً ما هو المراد من قوله تعالى في قتل المؤمن ودية مسلمة إلى أهله ولأنهم معصومون متقوّمون لإحرازهم أنفسهم بالدار فوجب أن يكونوا ملحقين بالمسلمين فوجب أن يجب بقتلهم ما يجب بقتلهم أن لو كانوا مسلمين، ألا ترى أن أموالهم لما كانت معصومة متقومة يجب

قال فخر الإسلام : في الجامع الصغير اهـ إتقاني. **قوله**: (**العامرين**) كذا بخطه فليراجع الحديث اهـ **قوله**: (**عمرو بن أمية الضمري**) صحابي مشهور له أحاديث روى عنه أولاده جعفر وعبدالله والفضل وغيرهم قال: ابن سعد أسلم حين انصرف المشركون من أحد وكان شجاعاً وبعثه النبي ﷺ إلى النجاشي في زواج أم حبيبة، وإلى مكة فحمل خبيباً من

---

(١) أخرجه الترمذي في الديات (١٤١٣)، والنسائي في القسامة (٤٨٠٧)، وأحمد في مسنده (٦٩٧٣) واللفظ له.

(٢) جزء من الحديث المتقدم.

(٣) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣٦٦).

بإتلافها ما يجب بإتلاف مال المسلم، فإذا كان هذا في أموالهم فما ظنك في أنفسهم، ولا يقال: إن نقص الكفر فوق نقص الأنوثة والرق فوجب أن تنتقص ديته به كما تنتقص بالأنوثة والرق، ولأن الرق أثر الكفر فإذا انتقص بأثره فأولى أن ينتقص به لأنا نقول: نقصان دية المرأة والعبد لا باعتبار نقصان الأنوثةوالرق بل باعتبار نقصان صفة المالكية، فإن المرأة لا تملك **بالنكاح** والعبد لا يملك المال والحر الذكر يملكهما، فلهذ زادت قيمته ونقصت قيمتهما والكافر يساوي المسلم في هذا المعنى فوجب أن يكون بدله كبدله، والمستأمن ديته مثل دية الذمي في الصحيح لما روينا.

فصل في النفس والمارن واللسان إلخ

قال رحمه الله: (في النفس والمارن واللسان والذكر والحشفة والعقل والسمع والبصر/ [٢٤٣ب/٣] والشم والذوق واللحية إن لم تنبت وشعر الرأس والعينين **واليدين** والشفتين والحاجبين والرجلين والأذنين والأنثيين وثديي المرأة الدية، وفي كل واحد من هذه الأشياء نصف الدية، وفي أشفار العينين الدية، وفي أحدها ربعها، وفي كل إصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشرها، وما فيها مفاصل ففي أحدها ثلث دية الإصبع ونصفها لو فيها مفصلان، وفي كل سن خمس من الإبل أو خمسمائة درهم) والأصل فيه حديث سعيد بن المسيب أنه عليه الصلاة والسلام قال: «في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية»[1]، ومثله ذكر عليه الصلاة والسلام في الكتاب الذي كتبه لعمرو بن حزم فالنص الوارد في البعض يكون وارداً في الباقي دلالة لأنه في معناه، والأصل في الأعضاء أنه إذا فوّت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالاً مقصوداً في الآدمي على الكمال يجب كل الدية، لأن فيه إتلاف النفس من وجه إذ النفس لا تبقى منتفعاً بها من ذلك الوجه، وإتلاف النفس من وجه ملحق بالإتلاف من كل وجه في الآدمي تعظيماً له دليله ما روينا من الحديث، والأعضاء على خمسة أنواع: فمنها ما هو أفراد، ومنها ما هو مزدوج، ومنها ما هو أرباع، ومنها ما هو أعشار **ومنها ما يزيد على ذلك**، ففي كل واحد من الأفراد تجب الدية، وفي كل نوع من

خشبته، وكان من رجال العرب نجدة وعاش إلى خلافة معاوية ومات بالمدينة اهـ إصابة لابن حجر. **قوله**: (**بالنكاح**) كذا بخط الشارح والظاهر إسقاط الباء.

فصل في النفس والمارن واللسان إلخ

قوله: (**واليدين**) من قوله: واليدين إلى قوله: والرجلين ساقط من خط الشارح وهو

---

(١) أخرج النسائي بنحوه في القسامة (٤٨٥٣).

المزدوج والأرباع والأعشار كذلك، فإذا ثبت هذا فنقول: في الأنف الدية لأنه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود، وكذلك إذا قطع المارن وهو ما دون قصبة الأنف وهو ما لان منه أو قطع الأرنبة وهو طرف الأنف أو قطع المارن مع القصبة لما ذكرنا من إزالة الجمال، ولا يزيد على دية واحدة لأن الكل عضو واحد، ولأن فيه تفويت المنفعة على الكمال فإن منفعة الأنف أن تجتمع الروائح في قصبة الأنف لتعلو إلى الدماغ وذلك يفوت بقطع المارن، وكذا إذا قطع اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق فإن الآدمي يمتاز به عن سائر الحيوان وبه منّ اللّه تعالى علينا بقوله: ﴿خلق الإنسان علمه البيان﴾ [الرحمن: ٤]، وهذا لأنه لا يقدر على إقامة مصالحه إلا بإفهام غيره أغراضه وذلك يفوت بقطعه، وكذا تجب الدية بقطع بعضه إذا امتنع من الكلام لأن الدية تجب لتفويت المنفعة لا لتفويت صورة الآلة، وقد حصل بالامتناع من الكلام، ولو قدر على التكلم ببعض الحروف دون البعض تقسم الدية على عدد الحروف، وقيل: على عدد الحروف التي تتعلق باللسان وهي التاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون والياء فما أصاب الفائت يلزمه، ولا مدخل للحروف الحلقية فيه وهي الهمزة والهاء والعين والغين والحاء والخاء ولا الشفوية وهي الباء والميم والواو، وقيل: إن قدر على أكثرها تجب حكومة عدل لحصول الإفهام مع الاختلال، وإن عجز عن أداء الأكثر تجب كل الدية لأن الظاهر أنه لا يحصل منه الإفهام، والأصل فيه ما روي عن علي رضي اللّه عنه «أنه قسم الدية على الحروف فما قدر عليه من الحروف أسقط بحسابه من الدية، وما لم يقدر عليه ألزمه بحسابه منها»، وكذا الذكر لأن فيه تفويت منفعة جمة من الوطء والإيلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والإيلاج الذي هو طريق الإعلاق عادة، وكذا في الحشفة الدية كاملة لأنها أصل في منفعة الإيلاج والدفق والقصبة كالتابع له، وكذا في العقل الدية إذا ذهب بالضرب لفوات منفعة الإدراك لأن الإنسان به يمتاز عن غيره من الحيوان وبه ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده، وفي كل واحد من السمع والبصر والذوق والشم كمال الدية لأن الكل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي أن عمر رضي اللّه عنه قضى لرجل على رجل بأربع ديات بضربة واحدة وقعت/ على رأسه ذهب بها عقله وسمعه وبصره وكلامه، وقال أبو يوسف رحمه اللّه: لا يعرف [٢٤٤/أ ٣]

ثابت في نسخ المتن اهـ قوله: **(ومنها ما يزيد على ذلك)** قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره: الأعضاء التي يجب بكل عضو منها دية هي ثلاثة أعضاء اللسان والأنف والذكر فإذا استوعب الأنف جدعاً أو قطع المارن منه وحده وهو ما لان من الأنف عن العظم ففيه الدية كاملة، وكذا إذا استوعب اللسان أو قطع منه ما يذهب بالكلام كله، وكذلك الذكر

الذهاب والقول قول الجاني، لأنه المنكر ولا يلزمه شيء إلا إذا صدّقه أو نكل عن اليمين، وقيل: ذهاب البصر يعرفه الأطباء فيكون قول رجلين منهم عدلين حجة فيه، وقيل: يستقبل به الشمس مفتوح العين فإن دمعت عينه علم أنها باقية وإلا فلا، وقيل: يلقى بين يديه حية فإن هرب منها علم أنها لم تذهب، **وإن لم يهرب فهي ذاهبة**، وطريق معرفة ذهاب السمع أن يغافل ثم ينادى فإذا أجاب علم أنه لم يذهب وإلا فهو ذاهب، وروي عن إسماعيل بن حماد أن امرأة ادّعت أنها لا تسمع وتطارشت في مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر إليها ثم قال لها: فجأة غطي عورتك فاضطربت وتسارعت إلى جمع ثيابها فظهر كذبها، وكذا في اللحية وشعر الرأس الدية إذا حلق ولم ينبت لأنه أزال جمالاً على الكمال، وقال مالك والشافعي رحمهما اللّه: لا تجب فيه الدية وتجب حكومة عدل لأن ذلك زيادة في الآدميين، ولهذا ينمو بعد كمال الخلقة، ولهذا يحلق الرأس واللحية بعضها في بعض البلاد فلا تتعلق به الدية كشعر الصدر والساق إذ لا يتعلق به منفعة، ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة، ولنا قول علي رضي اللّه عنه: في الرأس إذا حلق ولم ينبت الدية، كاملة والموقوف في هذا كالمرفوع لأنه من المقادير فلا يهتدي إليه الرأي، ولأنه فوّت عليه جمالاً على الكمال لأن اللحية في أوانها جمال وكذا شعر الرأس جمال، ألا ترى أن الأصلع يتكلف في ستره فيلزمه كمال الدية، كما لو قطع الأذنين الشاخصتين والدليل على أنه جمال **قوله عليه الصلاة والسلام**: «**إن للّه ملائكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال باللحى** والنساء بالقرون والذوائب»[1]، بخلاف شعر الصدر والساق لأنه لا يتعلق به الجمال، وأما لحية العبد فقد روى الحسن عن أبي حنيفة رضي اللّه عنه أنه يجب فيه كمال القيمة فلا يلزمنا، والجواب عن الظاهر أن المقصود من العبد الاستخدام دون الجمال وهو لا يفوت بالحلق بخلاف الحر، لأن المقصود منه في حقه الجمال فيجب بفواته كمال الدية وفي الشارب حكومة عدل في الصحيح لأنه تابع للحية فصار طرفاً من أطراف اللحية، واختلفوا في لحية الكوسج والأصح أنه إن

إذا استوعب أو قطعت الحشفة كلها ففيه الدية إلى هنا لفظ الكرخي اهـ **قوله**: (**وإن لم يهرب فهي ذاهبة**) وقال محمد في الأصل: إن لم يعلم بما ذكرنا يعتبر فيه الدعوى والإنكار والقول للجاني مع يمينه على البتات، لأن هذا يمين على فعل نفسه وهو إذهاب بصر غيره اهـ معراج. **قوله**: («**قوله ﷺ: إن للّه ملائكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال باللحى**») قال في المصباح: اللحية الشعر النازل على الذقن والجمع لحى مثل سدرة وسدر وتضم اللام أيضاً

---

(١) لم أعثر عليه.

كان على ذقنه شعرات معدودة فليس في حقه شيء لأن وجودها يشينه ولا يزينه، وإن كان ذلك على الخدّ والذقن جميعاً ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل، وإن كان متصلاً ففيه كمال الدية أنه ليس بكوسج وفي لحيته جمال كامل، وهذا كله إذا فسد المنبت فإن نبت حتى استوى كما كان لا يجب شيء لأنه لم يبق لفعل الجاني أثر فهو بمنزلة الضربة التي لا يبقى أثرها في البدن ولكنه يؤدّب على ذلك لارتكابه المحرّم، فإذا نبت أبيض فقد ذكر في النوادر أنه لا يلزمه شيء عند أبي حنيفة رحمه اللّه في الحرّ لأن الجمال يزداد ببياض شعر اللحية، وعندهما تجب حكومة عدل لأن البياض يشينه في غير أوانه فتجب حكومة العدل باعتباره، وفي العبد تجب حكومة عدل عندهم لأنه ينتقص به قيمته، ويستوي العمد والخطأ في حلق الشعر لأن القصاص لا يجب فيه لأنه عقوبة فلا يثبت قياساً، وإنما يثبت نصاً أو دلالة فالنص إنما ورد في النفس والجراحات وهذا ليس في معناها لأنه لا يتألم به ولا يتوهم فيه السراية بخلاف النفس والجراحات ويؤجل فيه سنة فإن لم ينبت فيها وجبت الدية، ويستوي فيه الصغير والكبير والذكر والأنثى، فإن مات قبل تمام السنة ولم ينبت فلا شيء عليه، وأما ما يكون مزدوجاً من الأعضاء كالعينين واليدين / ففي قطعهما كمال [٢٤٤ ب/٣] الدية، وفي قطع أحدهما نصف الدية، وأصل ذلك ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال: «في العينين الدية، وفي إحداهما نصف الدية، وفي اليدين الدية، وفي أحدهما نصف الدية، وفي الرجلين الدية، وفي أحدهما نصف الدية»[1]، ولأن في تفويت اثنين منها تفويت جنس المنفعة أو تفويت الجمال على الكمال فتجب كل الدية، وفي تفويت إحداهما تفويت نصف المنفعة فيجب النصف، وهذا لأن في تفويت العينين واليدين والشفتين تفويت منفعة الإبصار والبطش وإمساك الطعام عند الأكل ومنفعة الجمال على الكمال وفي تفويت الرجلين تفويت منفعة المشي، وفي الأذنين تفويت الجمال على الكمال، وقد قضى رسول اللّه ﷺ في الأذنين بالدية، وفي الأنثيين تفويت منفعة الإمناء والنسل، وفي ثديي المرأة تفويت منفعة الإرضاع، بخلاف ثديي الرجل لأنه ليس فيه تفويت المنفعة ولا الجمال على الكمال فيجب فيه حكومة عدل، وفي حلمتي المرأة كمال الدية، وفي أحداهما نصف الدية لفوات منفعة الإرضاع وإمساك اللبن لأنه إذا لم يكن لثديها حلمة يتعذر على الصبي الالتقام عند الارتضاع، وقال مالك والشافعي رحمهما اللّه: يجب في الحاجبين حكومة عدل

مثل حلية وحلى اهـ.

---

(١) تقدم تخريجه.

بناء على أصلهما أنهما لا يريان وجوب الدية في الشعر، وعندنا يجب فيهما الدية لتفويت الجمال على الكمال، وأما ما يكون من الأعضاء أرباعاً فهي أشفار العينين ففيها الدية إذا قلعها ولم تنبت، وفي أحدها ربع الدية لأنه يتعلق بها الجمال على الكمال ويتعلق بها دفع الأذى والقذى من العين، وتفويت ذلك ينقص البصر ويورث العمى، فإذا وجب في الكل الدية وهي أربعة وجب في الواحد منها ربع الدية، وفي الاثنين نصف الدية، وفي ثلاثة ثلاثة أرباع الدية، ثم يجوز أن يكون مراده بالأشفار حروف العينين ولا إشكال فيه لأنه حقيقة فيه، ويجوز أن يكون مراده الأهداب وسماها أشفاراً تسمية للحال باسم المحل ومثله سائغ لغة، كما يقال: سال الميزاب وسال الوادي وهو لا يسيل وإنما الماء هو الذي يسيل فيه، وقال محمد رحمه اللّه: في أشفار العينين الدية كاملة **إذا لم تنبت** فأراد به الشعر لأن الشعر هو الذي ينبت دون الجفون وأيهما أريد كان مستقيماً لأن في كل واحد من الشعر ومنابته دية كاملة فلا يختلّ المعنى، ولو قطع الجفون بأهدابها تجب دية واحدة لأن الأشفار مع الجفون كشيءٍ واحد كالمارن مع القصبة والموضحة مع الشعر، وأما ما يكون من الأعضاء أعشاراً كالأصابع ففي قطع أصابع اليدين أو الرجلين كل الدية، وفي قطع واحدة منها عشر الدية، لقوله عليه الصلاة والسلام: «وفي كل إصبع عشر من الإبل»[1]، ولأن قطع الكل تفويت منفعة المشي أو البطش وفيه دية كاملة وهي عشرة فتقسم الدية عليها، والأصابع كلها سواء لإطلاق ما روينا، ولأن الكل سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيها كالأسنان واليد اليمنى مع اليسرى، وكل إصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي أحدها ثلث دية الإصبع لأنه ثلثها، وما فيها مفصلان كالإبهام ففي أحدهما نصف دية الإصبع لأنه نصفهاوهو نظير انقسام دية اليد على الأصابع وهو المراد بقوله في المختصر، وما فيها مفاصل ففي أحدها ثلث دية الإصبع ونصفها لو فيها مفصلان، وأما ما يزيد على ذلك فالأسنان ففي كل سن نصف عشر الدية وهو خمس من الإبل أو خمسمائة درهم لقوله عليه الصلاة والسلام: «وفي كل سن خمس من الإبل»[2]، وهي كلها/ سواء لإطلاق ما روينا ولما روي في بعض طرقه، والأسنان كلها سواء، ولأن الكل في أصل المنفعةسواء فلا يعتبر التفاوت فيه كالأيدي والأصابع، ولئن كان في بعضها زيادة منفعة ففي الآخر زيادة الجمال فاستويا فتزاد دية هذا [٢٤٥/أ ٣]

قوله: (إذا لم تنبت) ضبطه في المغرب بضم حرف المضارعة من الإنبات أي إذا لم تنبت

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) تقدم تخريجه.

الطرف على دية النفس بثلاثة أخماس الدية **لأن الإنسان له اثنتان وثلاثون سناً** عشرون ضرساً وأربعة أنياب وأربع ثنايا وأربع ضواحك،فإذا وجب في الواحدة نصف عشر الدية يجب في الكل دية وثلاثة أخماس الدية وذلك ستة عشر ألف درهم، وهذا إذا كان خطأ، وإن كان عمداً ففيه القصاص وقد بيناه من قبل.

قال رحمه الله: (وكل عضو ذهب نفعه ففيه دية كيد شلت وعين ذهب ضوؤها) أي إذا ضرب عضواً فذهب نفعه بضربه ففيه دية كاملة، كما إذا ضرب يده فشلت به أو عينه فذهب ضوؤها به لأن وجوب الدية يتعلق بتفويت جنس المنفعة فإذا زالت منفعته كلها وجب عليه موجبه كله، ولا عبرة للصورة بدون المنفعة لكونها تابعة فلا يكون لها حصة من الأرش إلا إذا تجرّدت عند الإتلاف بأن أتلف عضواً ذهب منفعته، فحينئذٍ تجب فيه حكومة عدل إن لم يكن فيه جمال كاليد الشلاء أو أرشه كاملاً إن كان فيه جمال كالأذن الشاخصة فلا يلزم من اعتبار الصورة والجمال عند الانفراد عن المنفعة اعتبارهما معها بل يكون تبعاً لها فيكون المنظور إليه هي المنفعة فقط عند الاجتماع، وكم من شيء يكون تبعاً لغيره عند الإتلاف فلا يكون له أرش ثم إذا انفرد بالإتلاف يكون له أرش، ألا ترى أن الأعضاء كلها تبع للنفس فلا يكون لها أرش إذا تلفت معها، وإذا انفردت بالإتلاف كان لها أرش، ومن ضرب صلب رجل فانقطع ماؤه تجب الدية لأن فيه تفويت منفعة كاملة وهي منفعة

الأشفار الأهداب اهـ **قوله: (لأن الإنسان له اثنتان وثلاثون سناً)** فينبغي أن يجب في كل سن ربع ثمن الدية فما الحكمة في وجوب نصف العشر فيخطر ببالي أن عدد الأسنان وإن كان اثنين وثلاثين سناً فالأربعة الأخيرة، وهي أسنان الحلم قد لا تنبت لبعض الناس، وقد ينبت لبعض الناس بعضها وللبعض كلها فالعدد الأوسط للأسنان ثلاثون، ثم للأسنان منفعتان الزينة والمضغ فإذا سقط سن تبطل منفعتها بالكلية ونصف منفعة السن التي تقابلها وهي منفعة المضغ، وإن كان النصف الآخر وهو الزينة باقياً وإذا كان العدد الأوسط ثلاثين فمنفعة السن الواحدة ثلث العشر ونصف منفعة السن الأخرى التي تقابلها سدس العشر ومجموعهما نصف العشر والله أعلم بالحقيقة اهـ شرح وقاية. وكتب ما نصه قال شيخ شيخنا العلامة زين الدين قاسم في كتاب التصحيح: أخذ بعض أهل العصر من هذا أن في الأسنان كلها دية واحدة كسائر الأعضاء المتعدّدة وهو غلط قال في شرح الطحاوي: وفي كل سن نصف عشر الدية خمسمائة درهم ومن ضرب رجلاً حتى سقطت أسنانه كلها وهي اثنان وثلاثون كان عليه دية وثلاثة أخماس الدية، وذلك ستة عشر ألف درهم في السنة الأولى ثلثا الدية ثلث من الدية الكاملة، وثلث من ثلاثة أخماس الدية، وفي السنة الثانية ثلث الدية وما بقي من ثلاثة أخماس الدية، وفي السنة الثالثة ثلث الدية وهو ما بقي

النسل، وكذا لو أحدبه لأن فيه تفويت منفعة الجمال على الكمال لأن جمال الآدمي في كونه منتصب القامة، وقيل: هو المراد بقوله تعالى: ﴿لقد خلقنا الانسان في أحسن تقويم﴾ [التين:٤] ولو زالت الحدبة فلا شيء عليه لزوالها لا عن أثر، ولو بقي أثر الضربة ففيه حكومة عدل لبقاء الشين ببقاء أثرها واللّه أعلم.

فصل في الشجاج

الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تحرص الجلد أي تخدشه ولا تخرج الدم وهي مأخوذة من حرص القصار الثوب أي شقة في الدق، والدامعة بالعين المهملة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين مأخوذة من الدمع فسميت بها، لأن الدم يخرج منها بقدر الدمع من المقلة، وقيل: لأن عينه تدمع بسبب ألم يحصل له منها، وفي المحيط الدامعة هي التي يخرج منها ما يشبه الدمع مأخوذة من دمع العينين، والدامية وهي التي تسيل الدم، وذكر المرغيناني أن الدامية هي التي تدمي من غير أن يسيل منها دم هو الصحيح مروي عن أبي عبيد، والدامعة هي التي يسيل منها الدم كدمع العين، ومن قال: إن صاحبها تدمع عيناه من الألم فقد أبعد، والباضعة وهي التي تبضع الجلد، أي تقطعه مأخوذة من البضع وهو الشق والقطع ومنه مبضع الفصاد، والمتلاحمة وهي التي تأخذ في اللحم فتقطعه كله ثم يتلاحم بعد ذلك أي يلتئم ويتلاصق سميت بذلك تفاؤلاً على ما تؤول إليه، وروي عن محمد رحمه اللّه أن المتلاحمة قبل الباضعة لأن المتلاحمة مأخوذة من قولهم: التحم الشيئان إذا اتصل أحدهما بالآخر فالمتلاحمة ما تظهر اللحم ولا تقطعه والباضعة بعدها لأنها تقطعه، وفي ظاهر الرواية المتلاحمة تعمل في قطع أكثر اللحم بعد الباضعة، وقال الأزهري: الوجه أن يقال: المتلاحمة/ أي القاطعة للحم، [٢٤٥ب/٣] والاختلاف الذي وجد في الشجاج راجع إلى مأخذ الاشتقاق لا إلى الحكم، والسمحاق وهي التي تصل إلى السمحاق وهي الجلدة الرقيقة التي بين اللحم وعظم الرأس، والموضحة وهي التي توضح العظم أي تبينه والهاشمة وهي التي تكسر العظم، والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر أي تحوّله، والآمة وهي التي تصل

من الدية الكاملة اهـ وذكره في الأصل والمحيط والمبسوط وقال في السنة الأولى: ستة آلاف وستمائة وست وستون وثلثان، وفي السنة الثانية ستة آلاف وستمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، وفي السنة الثالثة ثلاثة آلاف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، وقال في الاختيار: وأسنان الكوسج قالوا: ثمانية وعشرون فتجب دية وخمسمائة وهذا غير جار على القياس في الأعضاء إلا أن المرجع النص اهـ.

إلى أمّ الدماغ، وأمّ الدماغ هي الجلدة الرقيقة التي تجمع الدماغ، وبعد الآمة شجة تسمى الدامغة بالغين المعجمة، وهي التي تصل إلى الدماغ لم يذكرها محمد رحمه اللّه لأن النفس لا تبقى بعدها عادة فيكون قتلاً ولا يكون من الشجاج والكلام في الشجاج، وكذا لم يذكر الحارصة والدامعة لأنهما لا يبقى لهما في الغالب أثر، وهذه الشجاج تختص بالرأس والوجه لغة، وما كان في غيرهما يسمى جراحة فهذا هو حقيقته والحكم مرتب على الحقيقة فلا يجب بالجراحة ما يجب بالشجة من المقدر لأن التقدير بالنقل، وهو إنما ورد في الشجاج وهو يختص بالرأس والوجه **فيختص الحكم المقدر بها**، ولا يجوز إلحاق الجراحة بها دلالة ولا قياساً لأنها ليست في معناها في الشين، لأن شجاج الرأس والوجه يظهران في الغالب وغيرهما مستور غالباً فلا يظهر واختلفوا في اللحيين فعندنا هما من الوجه فيتحقق الشجاج فيهما فيجب فيهما موجبها خلافاً لما يقوله مالك رحمه اللّه وهو يقول: إنهما ليسا من الوجه لأن المواجهة لا تقع بهما، ونحن نقول: هما يتصلان بالوجه من غير فصل ويتحقق معنى المواجهة فصارا كالذقن لأنهما تحته، وقال شيخ الإسلام: ويجب أن يفترض غسلهما في الوضوء لأنهما من الوجه حقيقة إلا أنا تركناهما للإجماع، ولا إجماع هنا فبقيت العبرة للحقيقة.

قال رحمه اللّه: (وفي الموضحة نصف عشر الدية وفي الدية في الهاشمة عشرها، وفي المنقلة عشر ونصف عشر وفي الآمة والجائفة ثلثها فإن نفذت الجائفة فثلثاها) لما روي في كتاب عَمرو بن حازم رضي اللّه عنه أن النبي ﷺ قال: في الموضحة خمس من الإبل، وفي الهاشمة عشر، وفي المنقلة خمس عشرة، وفي الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية، وقال عليه الصلاة والسلام: «في الجائفة ثلث الدية»[1]، وعن أبي بكر الصديق رضي اللّه عنه أنه حكم في جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثي الدية، ولأنها إذا نفذت صارت جائفتين فيجب في كل واحدة منهما الثلث وهي تكون في الرأس والبطن، وبخلاف سائر الشجاج حيث لا تكون إلا في الرأس والوجه وقيل: لا تتحقق الجائفة فيما فوق الحلق.

قال رحمه اللّه: (وفي الحارصة والدامعة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق حكومة عدل) لأن هذه ليس فيها أرش مقدّر من جهة الشرع، ولا يمكن

فصل في الشجاج

قوله: (فيختص الحكم المقدر بها) أي بالشجاج اهـ من خط الشارح.

---

(١) تقدم تخريجه.

إهدارها فتجب فيها حكومة عدل وهو مأثور عن إبراهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز رحمهما الله، واختلفوا في تفسير هذه الحكومة، قال الطحاوي رحمه الله: تفسيرها أن يقوّم مملوكاً بدون هذا الأثر ثم يقوّم وبه هذا الأثر ثم ينظر إلى تفاوت ما بينهما فإن كان ثلث عشر القيمة مثلاً يجب ثلث عشر الدية، وإن كان ربع عشر القيمة يجب ربع عشر الدية، وقال الكرخي رحمه الله: ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لأن ما لا نص فيه يردّ إلى المنصوص عليه، وكان الكرخي رحمه الله يقول: ما ذكره الطحاوي ليس بصحيح لأنه لو اعتبر ذلك الطريق فربما يكون نقصان القيمة أكثر من نصف عشر الدية فيؤدّي إلى أن يوجب في هذه الشجاج، وهو ما دون الموضحة أكثر مما أوجبه الشرع في الموضحة وأنه محال بل الصحيح الاعتبار بالمقدار، وقال الصدر الشهيد رحمه الله: ينظر المفتي في هذا إن أمكنه الفتوى بالثاني بأن كانت الجناية في الرأس والوجه يفتي بالثاني، وإن لم يتيسر عليه ذلك يفتي بالقول الأوّل لأنه أيسر، قال: وكان المرغيناني رحمه الله يفتي به، وقال في المحيط / : والأصح أنه ينظر كم مقدار هذه الشجة من أقل شجة لها أرش مقدّر فإن كان مقداره مثل نصف شجة لها أرش أو ثلثها وجب نصف أو ثلث أرش تلك الشجة، وإن كان ربعاً فربع ذكره بعد ذكر القولين فكأنه جعله قولاً ثالثاً، والأشبه أن يكون هذا تفسيراً لقول الكرخي، وقال شيخ الإسلام رحمه الله: قول الكرخي: أصح لأن علياً رضي الله تعالى عنه اعتبره بهذا الطريق فيمن قطع طرف لسانه على ما بيناه من قبل. [٢٤٦/أ/٣]

قال رحمه الله: (ولا قصاص في غير الموضحة) لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيه لأن ما دون الموضحة ليس له حدّ ينتهي إليه السكين وما فوقها كسر العظم، ولا قصاص فيه لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا قصاص في العظم»، وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه، وفي ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دون الموضحة ذكره محمد رحمه الله في الأصل **وهو الأصح** لأنه يمكن اعتبار المساواة فيه، إذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف التلف كالجائفة فيسبر غورها بمسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص بذلك، وفي الموضحة القصاص إن كانت عمداً لما روي أنه عليه الصلاة والسلام «قضى بالقصاص في الموضحة»(١)، ولأن المساواة فيها ممكنة بإنهاء السكين إلى العظم فيتحقق استيفاء القصاص.

قوله: (وهو الأصح) كذا في الكافي اهـ.

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٨/ ٦٥).

قال رحمه اللّه: (وفي أصابع اليد نصف الدية) أي أصابع اليد الواحدة لأن في كل إصبع عشراً من الإبل لما روينا فيكون في الخمسة خمسون ضرورة وهو النصف، ولأن في قطع الأصابع تفويت منفعة البطش وهو الموجب على ما مر.

قال رحمه اللّه: (ولو مع الكف) هذا متصل بما قبله أي في أصابع اليد نصف الدية، وإن قطعها مع الكف، ولا يزيد الأرش بسبب الكف لأن الكف تبع للأصابع في حق البطش لأن قوّة البطش بها، وقال عليه الصلاة والسلام: «في اليدين الدية، وفي إحداهما نصف الدية»[1]، واليد اسم لجارحة يقع بها البطش لأن اسم اليد يدل على القوة والقدرة، والبطش يقع بالأصابع والكف فيجب فيهما دية واحدة لأن منفعتهما جنس واحد فيكون الكف تبعاً للأصابع.

قال رحمه اللّه: (ومع نصف ساعد نصف الدية وحكومة عدل) أي إذا قطع الكف مع نصف الساعد يجب نصف الدية وحكومة عدل نصف الدية في الكف والأصابع والحكومة في نصف الساعد وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما اللّه: ورواية عن أبي يوسف رحمه اللّه، وعنه أن ما زاد على الأصابع من اليد والرجل إلى المنكب، وأصل الفخذ هو تبع فلا تزيد به الدية لأن الشارع أوجب في الواحدة منهما نصف الدية، واليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب، والرجل إلى أصل الفخذ فلا يزاد على تقدير الشرع، ولأن الساعد ليس له أرش مقدّر شرعاً فيكون تبعاً لما له أرش مقدّر فيه كالكف، ووجه الظاهر أن اليد اسم لآلة باطشة ووجوب الأرش باعتبار منفعة البطش وقوة البطش تتعلق بالأصابع، والكف تبع لها في البطش فكذا في الأرش ولا يقع البطش بالساعد أصلاً ولا تبعاً فلا يدخل في أرشه، ولأنه لو جعل تبعاً لا يخلو إما أن يجعل تبعاً للأصابع أو للكف ولا وجه إلى الأول لوقوع الفصل بينهما بالكف ولا إلى الثاني لأن الكف تبع للأصابع ولا تبع للتبع، ولا نسلم أن اليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب بل هي اسم إلى الزند إذا ذكرت في موضع القطع بدليل آية السرقة.

قال رحمه اللّه: (وفي قطع الكف وفيها إصبع أو إصبعان عشرها أو خمسها ولا شيء في الكف) أي إذا كان في الكف إصبع أو إصبعان فقطعها يجب عشر الدية في الإصبع الواحدة، وخمسها في إصبعين ولا يجب في الكف شيء وهذا عند أبي حنيفة رضي اللّه عنه، وقالا: ينظر إلى أرش الكف وإلى أرش ما فيها من الأصابع فيجب أكثرهما ويدخل القليل في الكثير لأن الجمع بين الأرشين متعذر إجماعاً لأن الكل

---

(١) تقدم تخريجه.

[٢٤٦ب/٣] شيء واحد إذ ضمان الإصبع هو ضمان الكف وضمان الكف هو ضمان/ الإصبع، وكذا إهدار أحدهما متعذر أيضاً لأن كل واحد منهما أصل من وجه، أما الكف فلأن الأصابع قائمة به، وأما الأصابع فلأنها هي الأصل في منفعة البطش، فإذا كان كل واحد منهما أصلاً من وجه رجحنا بالكثرة، كما قلنا فيمن شج رأس إنسان وتناثر بعض شعره يدخل القليل في الكثير، ولأبي حنيفة رضي اللّه عنه أن الأصابع أصل حقيقة لأن منفعة اليد وهي البطش والقبض والبسط قائمة بها، وكذا حكماً لأنه عليه الصلاة والسلام جعل الدية بمقابلة الأصابع حيث أوجب في اليد نصف الدية، ثم جعل في كل إصبع عشراً من الإبل، ومن ضرورته أن تكون كلها بمقابلة الأصابع دون الكف، والأصل أولى بالاعتبار وإن قلّ ولا يظهر التابع بمقابلة الأصل فلا تعارض حتى يصار إلى الترجيح بالكثرة، ولئن تعارضا فالترجيح بالأصل حقيقة وحكماً أولى من الترجيح بالكثرة، ألا ترى أن الصغار إذا اختلطت مع المسان يجب فيها الزكاة تبعاً، وإن كانت الصغار أكثر ترجيحاً للأصل بخلاف ما استشهدا به من الشجة لأن أحدهما ليس بتبع للآخر، ولأن أرش الإصبع ثابت بالنص وليس للكف أرش مقدّر شرعاً فلو ثبت إنما يثبت بالرأي والاجتهاد، وذلك لا يصلح لإبطال المنصوص عليه لما عرف أن الاجتهاد لا يصار إليه إلا للضرورة عند تعذر العمل لعدم النقل أو شبهته فكيف يصار إليه هنا مع وجوده بل لإبطاله وهذا خارج عن القواعد، وعلى هذا لو كان في الكف مفصل واحد من إصبع واحدة يجب أرش المفصل على الظاهر عنده، ولا يجب في الكف شيء لأن أرش ذلك المفصل مقدّر شرعاً وما بقي من الأصل وإن قلَّ فهو أولى، كما قال في القسامة: إن أهل الخطة أولى بها من المشترين، وإن قلوا لكونهم أصلاً ولا يظهر حكم التبع معه وإن كثر، وروى الحسن عنه أن الباقي إذا كان دون إصبع يعتبر أكثرهما أرشاً لأن أرش ما دون الإصبع غير منصوص عليه، وإنما يثبت اعتباره بالمنصوص عليه بنوع اجتهاد وكونه أصلاً باعتبار النص فإذا لم يرد النص في أرش مفصل ولا مفصلين اعتبرنا فيه الأكثر والأول أصح، لأن أرشه ثبت بالإجماع وهو كالنص، ولو لم يبق في الكف إصبع ولا بعضها يجب عليه حكومة عدل لا يبلغ بها أرش إصبع لأن قيمة التبع لا تبلغ قيمة المتبوع، ولو كان في الكف ثلاث أصابع يجب أرش الأصابع ولا يجب في الكف شيء بالإجماع لأن الأصابع أصل على ما بينا، وللأكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما إذا كانت كلها قائمة.

قال رحمه اللّه: (وفي الإصبع الزائدة وعين الصبي وذكره ولسانه إن لم تعلم صحته بنظر وحركة وكلام حكومة عدل) أما الإصبع الزائدة فلأنه جزء الآدمي فيجب الأرش فيها تشريفاً للآدمي، وإن لم يكن فيها نفع ولا زينة كما في السن الزائد ولا

يجب فيها القصاص، وإن كان للقاطع إصبع زائدة لأن المساواة شرط لوجوب القصاص في الطرف ولم يعلم تساويهما إلا بالظن فصار كالعبد يقطع طرف العبد فإذا تعذر القصاص للشبهة وجب أرشها، وليس لها أرش مقدر في الشرع فيجب فيها حكومة عدل بخلاف لحية الكوسج حيث لا يجب فيها شيء لأن اللحية لا يبقى فيها أثر الحلق فلا يلحقه الشين بالحلق بل ببقاء الشعيرات يلحقه ذلك، فيكون نظير من قلم ظفر غيره بغير إذنه وفي قطع الإصبع الزائدة يبقى أثره فيشينه ذلك فيجب الأرش، وأما عين الصبي وذكره ولسانه فلأن المقصود من هذه الأشياء المنفعة فإذا لم تعلم صحتها لا يجب أرشها كاملاً بالشك، بخلاف المارن والأذن الشاخصة لأن المقصود منهما الجمال وقد فوّته على الكمال، وكذلك لو استهل الصبي لأنه/ ليس [٢٤٧ أ/٣] بكلام، وإنما هو مجرّد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة، وفي العين بما يستدل به على الرؤية وهو المراد بقوله: إن لم تعلم صحته بنظر وحركة وكلام فيكون بعد معرفة صحة ذلك حكمه حكم البالغ في الخطأ والعمد إذا ثبت ذلك بالبينة أو بإقرار أو بإقرار الجاني، وإن أنكر ولم تقم به بينة فالقول: قول الجاني، وكذا إذا قال: لا أعرف صحته لا يجب عليه الأرش كاملاً إلا بالبينة، وقال الشافعي رحمه اللّه: تجب الدية كاملة كيفما كان إلا إذا عرفت أنها غير صحيحة لأن الغالب فيه الصحة فأشبه الأذن والمارن، قلنا: الظاهر لا يصلح للاستحقاق وإنما يصلح للدفع وحاجتنا إلى الاستحقاق وقد ذكرنا الفرق بين هذه الأعضاء وبين الأذن والأنف، وفي ذكر الخصي والعنين حكومة عدل، وقال الشافعي رحمه اللّه: تجب دية كاملة لقوله عليه الصلاة والسلام: «وفي الذكر الدية من غير فصل»(١)، ولنا أن المنفعة وهو الإيلاج والإنزال والإحبال هي المعتبرة من هذا العضو فإذا عدمت لا يجب فيها دية كاملة، كالعين القائمة بلا ضوء واليد الشلاء والرجل الشلاء.

قال رحمه اللّه: (شج رجلاً موضحة فذهب عقله أو شعر رأسه **دخل أرش الموضحة في الدية**) لأن فوات العقل يبطل منفعة جميع الأعضاء إذ لا ينتفع بها بدونه فصار بالنسبة إلى سائر الأعضاء كالنفس فيدخل أرشها كما في النفس وأرش

قوله في المتن: (دخل أرش الموضحة في الدية) قال الكرخي في مختصره: ولو أن رجلاً شج رجلاً فذهب من ذلك بصره أو سمعه أو كلامه أو شعره فلم ينبت أو عقله فإن أبا حنيفة قال: عليه الدية في ذهاب شعره وعقله وليس عليه شيء في الموضحة يدخل أرش الموضحة في الدية، ولا يدخل أرش الموضحة قي غير هذين ويكون في السمع أو البصر أو

---

(١) تقدم تخريجه.

الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط وتجب الدية بفوات كل الشعر **وقد تعلقا بسبب واحد** وهو فوات الشعر فيدخل الجزء في الجملة فصار كما إذا قطع إصبع رجل فشلت يده كلها فحاصله أن الجناية متى وقعت على عضو واحد فأتلفت شيئين وأرش أحدهما أكثر دخل الأقل فيه، ولا فرق في هذا بين أن تكون الجناية عمداً أو خطأ وإن وقعت على عضوين لا يدخل ويجب لكل واحد منهما أرشه سواء كان عمداً أو خطأ عند أبي حنيفة رحمه اللّه لسقوط القصاص به عنده، وعندهما يجب للأول القصاص إن كان عمداً وأمكن الاستيفاء وإلا فكما قال أبو حنيفة رحمه اللّه، وقال زفر رحمه اللّه: لا يدخل أرش الأعضاء بعضه في بعض لأن كل واحد منهما جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما بينا.

قال رحمه اللّه: (وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه لا) أي لو شجه موضحة فذهب أحد هذه الأشياء بها لا يدخل أرش الموضحة في أرش أحد هذه الأشياء وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما اللّه وقال أبو يوسف رحمه اللّه يدخل أرش الموضحة في دية السمع والكلام، ولا يدخل في دية البصر **لأنه ظاهر** فلا يلحق بالعقل فلا يدخل فيه أرش الموضحة، وأما السمع والكلام فلأنهما مبطنان فيلحقان بالعقل فيدخل فيهما أرش الموضحة كما يدخل في أرش العقل، ولهما أن كل واحد من هذه المنافع أصل بنفسها فيتعدّد حكم الجناية بتعددها ولا يدخل بعضها في بعض

الكلام أيها ذهب بالشجة أرش الشجة والدية، وكذلك قال محمد مثل قول أبي حنيفة، وكذلك قال أبو يوسف، في إحدى الروايتين عنه وهي الرواية الأولى روى ذلك في الإملاء عنه بشر بن الوليد وعلي بن الجعد، وروى عنه الحسن بن زياد أن الشجة تدخل في دية السمع، وقال في الجوامع: تدخل في السمع والكلام، ولا تدخل في البصر خاصة لأن البصر ظاهر وقال الحسن بن زياد: لا يدخل في ذلك أرش الشجة إلا في الشعر خاصة، وقال زفر: لا يدخل أرش الشجة في شيء من ذلك شعر ولا غيره إلى هنا لفظ الكرخي رحمه اللّه اهـ **قوله**: (**وقد تعلقا بسبب واحد**) وهو الجناية على الرأس. **وقوله**: (**لأنه ظاهر**) كاليد والرجل اهـ غاية. وكتب ما نصه قال القدوري: وهذا الفرق الذي قاله أبو يوسف يبطل بالشعر، لأنه ظاهر وقد دخل أرش الموضحة فيه فإن قيل: لم أوجبتم بالسمع دية وبالبصر دية وبالكلام دية ولو أدّت الشجة إلى الموت لم يجب إلا دية واحدة، والموت أعظم من ذلك، قيل: الموت فوات الجملة وهذه الأشياء تبع للجملة فيدخل التبع في المتبوع، فأما إذا لم يمت فكل واحد من هذه المعاني غير تابع للآخر فلم يدخل في أرشه، قال القدوري: من أين يعلم إذهاب السمع والبصر والشم قيل له: يعرف ذلك باعتراف الجاني وتصديقه للمجني عليه، أو بنكوله عن اليمين وغير ذلك من الوجوه في معرفة ذلك مرّ في أوّل فصل فيما دون

لأن العبرة لتعدد أثر الفعل لا لاتحاد الفعل، بخلاف العقل لأن منفعته تعود إلى كل الأعضاء إذ لا ينتفع بالأعضاء بدونه فصار كالنفس، أو نقول: ذهاب العقل في معنى تبديل النفس وإلحاقه بالبهائم فيكون بمنزلة الموت ولا كذلك سائر الأعضاء أو نقول: إن العقل ليس له موضع يشار إليه فصار كالروح للجسد، وقال الحسن رحمه اللّه: أرش الموضحة لا يدخل في دية العقل أيضاً لاختلاف محل الجناية فإن محل العقل غير محل الموضحة، **بخلاف الموضحة مع الشعر** لاتحاد سببهما على ما بينا والحجة عليه ما بينا.

قال رحمه اللّه: (**وإن شجه موضحة فذهبت عيناه** أوقطع إصبعاً فشلت أخرى أو قطع المفصل الأعلى فشلّ ما بقي أو كل اليد أو كسر نصف سنه فاسودّ ما بقي **فلا قود**) وهذا كله قول أبو حنيفة رحمه اللّه مطلقاً، وقالا: يجب القصاص في الموضحة والدية في العين فيما إذا شجه موضحة فذهبت عيناه، وكذا إذا قطع إصبعاً فشلت أخرى/ بجنبها يقتص للأولى ويجب الأرش للأخرى، وعنده لما لم يجب القصاص [٢٤٧ب/٣] في العضوين **يجب أرش كل واحد منهما كاملاً**، وإن كان عضواً واحداً بأن قطع الإصبع من المفصل الأعلى فشل ما بقي منها يكتفي بأرش واحد إن لم ينتفع بما بقي، وإن كان ينتفع به يجب دية المقطوع وتجب حكومة عدل في الباقي بالإجماع، وكذا إذا

النفس اهـ إتقاني. **قوله**: (**بخلاف الموضحة مع الشعر**) قال الإتقاني: وليس كذلك الشعر والموضحة لأنهما يتعلقان بسبب واحد وهو فوات الجمال بسبب الشعر اهـ **قوله في المتن**: (**إن شجه موضحة فذهبت عيناه**) لا يجب القصاص في قول أبي حنيفة ولكن يجب عليه أرش الشجة ودية العينين، وفي قول أبي يوسف ومحمد دية العينين والقصاص في الموضحة، أما مذهب أبي حنيفة فلأن هذه جناية واحدة على إنسان واحد، وقد صار بعض تلك الجناية مالاً لأنهم اتفقوا أن في العينين يجب الأرش، فإذا صار بعض الجناية مالاً صار كله مالاً، الا ترى أنه لو قطع يده فشل ما بقي يسقط القصاص وتجب دية اليد فكذلك هاهنا، وأما مذهبهما فلأن هذه جنايتان في مكانين مختلفين ولا مدخل لأحدهما في الآخر مآلاً اهـ إتقاني. **قوله**: (**فلا قود**) أي في المسائل الأربع التي ذكرها المصنف على قول أبي حنيفة، الأولى من المسائل الأربع ما إذا شجه موضحة فذهبت عيناه الثانية ما إذا قطع إصبعاً فشلت أخرى، الثالثة ما إذا قطع المفصل الأعلى فشل ما بقي، أو كل اليد الرابعة ما إذا كسر نصف سنه فاسودّ ما بقي فالثالثة، والرابعة لاخلاف فيهما بين أبي حنيفة وصاحبيه، والأولى والثانية خلافيتان وقد مشى المصنف فيهما على قول الإمام كما هو دأبه اهـ قال الشيخ باكير: ولا خلاف في المسألة الثالثة والرابعة اهـ **قوله**: (**يجب أرش كل واحد منهم كاملاً**) فيجب أرش الموضحة ودية العينين في المسألة الأولى ويجب دية الإصبعين في

كسر نصف السن واسودّ ما بقي أو اصفرّ أو احمرّ تجب دية السن كله بالإجماع، ولو قال: أقطع المفصل الأعلى وأترك ما يبس أو أكسر القدر المكسور من السن وأترك الباقي لم يكن له ذلك لأن الفعل في نفسه ما وقع موجباً للقود فصار كما إذا شجه منقلة فقال: أشجه موضحة وأترك الباقي ليس له ذلك، والأصل عنده أن الفعل الواحد إذا أوجب مالاً في البعض سقط القصاص سواء كانا عضوين أو عضواً واحداً، وعندهما في العضوين يجب القصاص مع وجوب المال، وإن كان عضواً واحداً لا يجب لهما في الخلافية أن الفعل في محلين مختلفين فيكون جنايتين لأن الفعل يتعدّد بتعدّد أثره فصار كجنايتين مبتدأين، والشبهة في إحداهما لا تتعدى إلى الأخرى كمن رمى إلى رجل فأصابه ونفذ السهم إلى غيره فقتله فيجب القود في الأول والدية في الثاني، وكمن قطع إصبعاً فاضطرب السكين فأصاب إصبعاً أخرى خطأ فإنه يقتص للأولى دون الثانية، بخلاف كسر نصف السن إذا اسودّ ما بقي منها أو قطع الإصبع من المفصل الأعلى فشل ما بقي منها أو شلت اليد كلها لأنه لا يمكن أن يجعل كفعلين مبتدأين لاتحاد الفعل والمحل، **ولأبي حنيفة رضي اللّه عنه أن الجزاء** بالمثل والجرح الأول سارٍ وليس في وسعه الساري فيسقط القصاص، ويجب المال والدليل على أنه سراية أن فعله أثر في نفس واحدة والسراية عبارة عن آلام تتعاقب من الجناية على البدن، ويتحقق ذلك في نفس واحدة في موضعين منها كما يتحقق في الطرف مع النفس بأن مات من الجناية بخلاف نفسين فإن الفعل في النفس الثانية مباشرة على حدة ليس بسراية الجناية الأولى إذ لا يتصوّر السراية من نفس إلى نفس فلا بدّ من أن يجعل ذلك في حكم فعل على حدة، وفي النفس الواحدة لا يحتاج إلى أن نجعله كفعلين لأنه فعل واحد حقيقة والسراية فيها متصوّر فأورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية، لأن الفعل إذا صار لا يوجب القصاص بعاقبته أثر ذلك في بدايته وبخلاف ما إذا اضطرب السكين فقطع إصبعاً أخرى حيث يجب القصاص في الأولى لأن القطع في الأخرى ليس بالفعل الأول ولا بأثره بل بفعل آخر مقصود فيفرد بحكمه، أو نقول: إن ذهاب البصر ونحوه حصل بطريق التسبيب فإن الفعل الأول باقٍ على اسمه لم يتغير والأصل في سراية الأفعال أن لا يبقى الأول بعدما حدثت السراية كالقطع إذا سرى إلى النفس صار قتلاً فلم يبق قطعاً، وهاهنا الشجة أو القطع لم ينعدم بذهاب البصر ونحوه فكان الفعل الأول تسبيباً إلى فوات البصر ونحوه بمنزلة حفر البئر، **والتسبيب لا يوجب القصاص**، وعن محمد رحمه اللّه في المسألة الأولى وهو ما

المسألة الثانية اهـ **قوله: (ولأبي حنيفة أن الجزاء)** أي الجزاء مقيد اهـ **قوله: (والتسبيب لا يوجب القصاص)** قال الكرخي في مختصره :قال ابن سماعة في نوادره: سمعت محمداً

إذا شجه موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما رواه ابن سماعة عنه، ووجهه أن سراية الفعل تنسب إلى الفعل شرعاً حتى يجعل الفاعل مباشراً للسراية فيؤخذ به كما لو سرى إلى النفس فإنه يجب القصاص ويعتبر قتلاً بطريق المباشر، بخلاف ما لو قطع إصبعاً فشلت بجنبها أخرى أو شجه موضحة فذهب بها سمعه أو كلامه حيث لا يجب القصاص في الشلاء والسمع والكلام، وإنما يجب في المقطوعة والموضحة فقط لأنه لا يجب القصاص في الشلل والسمع/ والكلام لعدم الإمكان، وفي البصر [٢٤٨/٣/أ] يجب لإمكان الاستيفاء، ألا ترى أنه لو أذهبه وحده بفعل مقصود منه يجب القصاص في البصر دون الشلل والسمع والكلام فافترقا، ولو كسر بعض السن فسقطت ففيها القصاص على رواية ابن سماعة وعلى الرواية المشهورة لا قصاص فيها، ولو شجه فأوضحه ثم شجه أخرى فأوضحه فتآكلتا حتى صارتا شيئاً واحداً فلا قصاص فيها في المشهور وعلى رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله يجب القصاص والوجه فيهما ما بيناه.

قال رحمه الله: (وإن قلع سنه فنبتت مكانها أخرى سقط الأرش) وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وقال: عليه الأرش كاملاً لأن الجناية وقعت موجبة له، والذي نبت نعمة مبتدأة من الله تعالى **فصار كما لو أتلف مال إنسان** فحصل للمتلف عليه مال آخر، ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الجناية قد زالت معنى، ولهذا لو قلع سن صبي فنبتت مكانها أخرى لا يلزمه شيء بالإجماع وهذا لأن الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها أخرى فلم تفت المنفعة به ولا الزينة، وعن أبي يوسف رضي الله عنه أنه يجب حكومة عدل لوجود الألم الحاصل هذا إذا نبتت مثل الأولى، وإن نبتت معوجة فعليه حكومة عدل عند أبي حنيفة رضي الله عنه، ولو نبتت إلى النصف فعليه نصف الأرش، ولو قلع سن غيره فردّها صاحبها مكانها ونبت عليه اللحم فعلى القالع كمال الأرش لأن هذا لا يعتدّ به إذ العروق لا تعود، وفي النهاية قال شيخ الإسلام رحمه الله: هذا إذا لم تعد إلى حالها الأولى بعد النبات في المنفعة والجمال، وأما إذا عادت فلا شيء عليه كما لو نبتت، وكذا لو قطع أذنه فألصقها فالتحمت يجب على القاطع أرشها لأنها لا تعود إلى ما كانت عليه.

قال رحمه الله: (وإن أقيد فنبتت سن الأول يجب) معناه إذا قلع رجل سن

قال: في رجل شج رجلاً موضحة عمداً بحديدة أو عصا فذهبت عيناه بذلك والعين قائمة وقد ذهب الضوء، قال أقتص من ذلك كله لأن هذا عمد إلى هنا لفظ الكرخي اهـ إتقاني.

قوله: (فصار كما لو أتلف مال إنسان إلخ) وكذا لو قطع غصناً لرجل فنبت مكانه آخر لا يبرأ عن الضمان، وكذا لو حصد زرعاً أو بقلاً فنبت مكانه آخر لا يبرأ عن ضمان المحصود

رجل فأقيد أي اقتص القالع ثم نبتت سن الأول المقتص له يجب على المقتص له أرش سن المقتص منه لأنه تبين أنه استوفى بغير حق لأن الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها أخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأني حولاً، وينبغي أن ينتظر اليأس في مثل ذلك القصاص خوفاً من مثله إلا أن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لأنه ينبت فيه ظاهراً على تقدير عدم الفساد، فإذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص، ثم إذا نبت تبين أنا أخطأنا فيه وكان الاستيفاء بغير حق غير أنه سقط القصاص للشبهة فيجب المال، وفي النهاية الصحيح أنه يستأني في سن البالغ حتى يبرأ لأن نباته نادر ولا يفيد تأجيله إلى سنة فيؤخر إلى البرء ليعلم عاقبته وعزاه إلى التتمة، ولو ضرب سن إنسان فتحرّكت يستأني حولاً ليظهر أثر فعله، **ولو سقطت سنه واختلفا قبل الحول** فالقول للمضروب ليفيد التأجيل بخلاف ما إذا شجه موضحة ثم جاء وقد صارت منقلة حيث يكون القول للضارب لأن الموضحة لا تورّث المنقلة والتحريك يورث السقوط، ولو اختلفا بعد الحول كان القول للضارب لأنه منكر وقد مضى الأجل الذي ضرب للتبيين ولو لم تسقط فلا شيء على الضارب، ولو اسودّت بالضرب أو احمرّت أو اخضرت يجب الأرش كله لزوال الجمال ولا يجب فيه القصاص لتعذر الإمكان، وكذا إذا كسر بعضه واسودّ الباقي أو احمرّ أو اخضرّ يجب فيه الأرش كاملاً ولا يجب فيه القصاص لما قلنا **فأوجب** في الاسوداد ونحوه كمال الأرش ولم يفرّق بين سن وسن، وقالوا: ينبغي أن يفصل بين الأضراس التي لا ترى وبين العوارض التي ترى فيجب في الأول حكومة عدل إن لم يفت به منفعة المضغ، وإن فات يجب الأرش كله وفي الثاني يجب الأرش كله كيفما كان لفوات الجمال، وإن اصفرت يجب فيها حكومة عدل، وقال زفر رحمه الله: يجب / [٢٤٨ب/٣] فيها أرش السن كاملاً لأن الصفرة تؤثر في تفويت الجمال كالسواد، ولنا أن الصفرة لا توجب تفويت الجمال ولا تفويت المنفعة، فإن الصفرة لون السن في أصل الخلقة في بعض الناس ولا كذلك السواد والحمرة والخضرة إلا أن كمال الجمال في البياض فيجب في الصفرة حكومة عدل، وروى محمد عن أبي حنيفة رضي الله عنهما أن الصفرة في الحرّ لا توجب شيئاً، وفي العبد توجب حكومة عدل لأن الصفرة من ألوان السن والمقصود من السن الانتفاع بها والصفرة لا تخل به، غير أن المقصود من

والمقلوع اهـ عمادي في (٣٢). **قوله: (ولو سقطت سنه واختلفا قبل الحول)** أي فيما سقط بضربه، أي اختلفا في سبب السقوط قال الضارب: سقطت بضربة غيري، وقال المجني عليه: بل بضربتك اهـ معراج. **قوله: (فأوجب)** أي محمد اهـ.

المملوك المالية وهي قد تنتقص بالصفرة، وإن اختلفا في حصول الاسوداد بضربه فالقول: قول الضارب: قياساً لأنه منكر ولا يلزم من الضرب الاسوداد فصار إنكاره له كإنكاره أصل الفعل، وفي الاستحسان القول: قول المضروب لأن ما يظهر عقيب فعل من الأثر يحال على الفعل لأنه السبب الظاهر إلا أن يقيم الضارب البينة أنه بغيره.

قال رحمه اللّه: (وإن شج رجلاً فالتحم ولم يبق له أثر أو ضرب فجرح فبرأ وذهب أثره فلا أرش) وهذا قول أبي حنيفة رحمه اللّه، وقال أبو يوسف رحمه اللّه: عليه أرش الألم وهو حكومة عدل لأن الشين الموجب إن زال فالألم الحاصل لم يزل، وقال محمد رحمه اللّه: عليه أجرة الطبيب لأن ذلك لزمه بفعله فكأنه أخذ ذلك من ماله وأعطاه للطبيب، وفي شرح الطحاوي فسر قول أبي يوسف رحمه اللّه عليه أرش الألم بأجرة الطبيب والمداواة فعلى هذا لا خلاف بين أبي يوسف ومحمد رحمهما اللّه، ولأبي حنيفة رضي اللّه عنه أن الموجب هو الشين الذي يلحقه بفعله وزوال منفعته وقد زال ذلك بزوال أثره والمنافع لا تتقوّم إلا بالعقد كالإجارة والمضاربة الصحيحتين أو بشبه العقد كالفاسد منهما ولم يوجد شيء من ذلك في حق الجاني فلا تلزمه الغرامة، وكذا مجرّد الألم لا يوجب شيئاً لأنه لا قيمة لمجرّد الألم، ألا ترى أن من ضرب إنساناً ضرباً مؤلماً من غير جرح لا يجب عليه شيء من الأرش، وكذا لو شتمه شتماً يؤلم قلبه لا يضمن شيئاً.

قال رحمه اللّه: (ولا قود بجرح حتى يبرأ) وقال الشافعي رحمه اللّه: يقتص منه في الحال لأن الموجب قد تحقق فلا يؤخر كما في القصاص في النفس، ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام «نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه»[1] رواه أحمد والدارقطني، ولأن الجراحات يعتبر فيها مآلها لاحتمال أن يسري إلى النفس فيظهر أنه قتل فلا يعلم أنه جرح إلا بالبرء فيستقرّ به.

قال رحمه اللّه: (وكل عمد سقط فيه قوده لشبهة كقتل الأب ابنه عمداً فديته في مال القاتل، وكذا ما وجب صلحاً أو اعترافاً أو لم يكن نصف العشر) أي نصف عشر الدية لما روي عن ابن عباس موقوفاً ومرفوعاً لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً، ولأن العاقلة تتحمل عن القاتل تخفيفاً عنه وذلك يليق بالمخطئ لأنه معذور دون المتعمد لأنه يوجب التغليظ، والذي وجب بالصلح إنما وجب بعقدة والعاقلة لا تتحمل ما وجب بالعقد، إنما تتحمل ما وجب بالقتل، وكذا ما لزمه بالإقرار لا تتحمله العاقلة لأن له ولاية على نفسه دون عاقلته فيلزمه دونهم، وإنما لا تتحمل أقل من نصف عشر الدية، لأنه لا يؤدّي إلى الإجحاف والاستئصال بالجاني

---

(١) تقدم تخريجه.

والتحميل تحرزاً عنه فلا حاجة إليه، ثم الكل يجب مؤجلاً إلى ثلاث سنين إلا ما وجب بالصلح فإنه يجب حالاً لأنه واجب بالعقد فيكون حالاً بخلاف غيره، وما دون أرش الموضحة يجب في سنة لأنه دون ثلث الدية والثلث وما دونه يجب في سنة، وقال الشافعي رحمه الله: ما وجب بقتل الأب ابنه يجب حالاً لأن القصاص سقط شرعاً إلى بدل فيكون/ ذلك البدل حالاً كسائر المتلفات، والتأجيل في دية القتل [٢٤٩/أ/٣] خطأ ثبت شرعاً تخفيفاً لأنه معذور ولا كذلك العمد فلا يستحق التخفيف فتجب حالاً، ألا ترى أن تحميل العاقلة لما كان تخفيفاً عنه لا يستحقه فكذا هذا التخفيف، ولأن الدية بدل المقتول وحقه في نفسه حال فكذا في البدل تحقيقاً لمعنى الجبر، ولنا أن هذا مال وجب بنفس القتل فيكون مؤجلاً كما إذا وجب بالقتل خطأ أو شبه عمد أو بالاعتراف، بخلاف ما وجب بالصلح لأنه مال وجب بالعقد ابتداء فلا يتأجل إلا بالشرط كسائر العقود، والمعنى فيه أن المتلف ليس بمال وما ليس بمال لا يضمن بالمال أصلاً لأنه ليس بقيمة له إذ لا يقوم مقامه، وقيمة الشيء ما يقوم مقامه، وإنما عرفنا تقوّمه بالمال بالشرع، والشرع وإنما قوّمه بدية مؤجلة إلى ثلاث سنين وإيجاب المال حالاً زيادة على ما أوجبه الشرع وصفاً فلا يجوز كما لا يجوز إيجاب الزيادة على ما أوجبه الشرع قدراً.

قال رحمه الله: (وعمد الصبي والمجنون خطأ وديته على عاقلته، ولا تكفير فيه ولا حرمان عن الميراث والمعتوه كالصبي) وقال الشافعي رحمه الله: عمده عمد فتجب الدية في ماله لأن العمد هو القصد وهو ضدّ الخطأ فمن يتحقق منه الخطأ يتحقق منه العمد، ولهذا يؤدّب ويعزر والتعزير يكون على فعل يقع عمداً لا خطأ وكان ينبغي أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة، لأنهم ليسوا من أهل العقوبة فيجب عليهم موجبه الآخر وهو المال لأنهم أهل لوجوبه عليهم فصار نظيراً لسرقة فإنهم إذا سرقوا لا تقطع أيديهم، ويجب عليهم ضمان المال للمسروق منه لما قلنا ولهذا وجب عليهم التكفير بالمال لأنهم أهل للغرامة المالية دون الصوم لعدم الخطاب، وكذا يحرم الميراث عنده بالقتل، ولنا أن مجنوناً صال على رجل بسيف فضربه فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه فجعل عقله على عاقلته بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم، وقال: عمده وخطؤه سواء، ولأن الصبي مظنة المرحمة قال عليه الصلاة والسلام: «من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا»[1]، والعاقل المخطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على عاقلته فهؤلاء وهو أغرار أولى بهذا التخفيف فتجب على العاقلة إذا كان الواجب قدر نصف العشر أو أكثر بخلاف

---

(١) تقدم تخريجه.

ما دونه فلا يسلك به مسلك الأمول كما في البالغ العاقل، ولا نسلم تحقق العمد منهم لأنه عبارة عن القصد وهو يترتب على العلم والعلم بالعقل، وهم عديمو العقل أو قاصروه فكيف يتحقق منهم القصد وصاروا كالنائم وحرمان الإرث عقوبة، وهم ليسوا من أهلها والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب لهم لتستره ولأنهم مرفوعو القلم، ولأن الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة بمعنى أن فيها معنى العبادة ومعنى العقوبة ولا تجب عليهم عبادة ولا عقوبة، وكذا سبب الكفارة يكون دائراً بين الحظر والإباحة لتكون العقوبة متعلقة بالحظر وفعلهم لا يوصف بالجناية لأنها اسم لفعل محظور وكل ذلك يبتنى على الخطاب وهم ليسوا بمخاطبين فكيف تجب عليهم الكفارة.

فصل في الجنين

قال رحمه اللّه: (ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً تجب غرّة نصف عشر الدية) الغرّة الخيار غرّة المال خياره كالفرس والبعير والنجيب والعبد والأمة الفارهة، **وقيل: إنما سمي ما يجب في الجنين غرّة** لأنه أوّل مقدّر ظهر في باب الدية، وغرة الشيء أوله كما سمي أوّل الشهر غرة وسمي وجه الإنسان غرة لأنه أول شيء يظهر منه، والمراد بنصف عشر الدية دية الرجل ولو كان الجنين ذكراً، وفي الأنثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم، ولهذا لم يبين في المختصر أنه ذكر أو أنثى لأن دية المرأة نصف/ دية الرجل فالعشر من ديتها قدر نصف العشر من دية الرجل، [٢٤٩ب/٣] **والقياس أن لا يجب شيء في الجنين** لأنه لم يتيقن بحياته **والظاهر لا يصلح حجة**

فصل في الجنين

لما ذكر أحكام القتل المتعلق بالآدمي من كل وجه شرع في بيانها في الآدمي من وجه دون وجه وهو الجنين بيان ذلك ما قاله شمس الأئمة السرخسي في أصوله الجنين ما دام مجتناً في البطن ليست له ذمة لكونه في حكم جزء من الأم، ولكنه متفرّد بالحياة معدّ ليكون نفساً له ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون أهلاً لوجوب الحق له من عتق أو إرث أو نسب أو وصية ولاعتبار الوجه الأوّل لا يكون أهلاً لوجوب الحق عليه، فأما بعدما يولد فله ذمة صالحة، ولهذا لو انقلب على مال إنسان فأتلفه صار ضامناً، ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي عليه اهـ إتقاني. وكتب على قوله: الجنين والجنين هو الولد في بطن الأم سمي به لاجتنانه أي لاستتاره في البطن اهـ إتقاني. **قوله: (وقيل: إنما سمى ما يجب في الجنين غرة إلخ)** قال في شرح الكافي: وإنما سمى الغرة غرة لأنه أقل المقادير في الديات، وأقل الشيء أوّله في الوجود وسمي غرة لمعنى الأوّلية، ولهذا سمى أوّل الشهر غرة لأنه أوّل ما يبدو عند النظر اهـ غاية. **قوله: (والقياس أن لا يجب شيء في الجنين)** لأنه يحتمل أنه مات بفعله

للاستحقاق، ولهذا لا يجب في جنين البهيمة إلا نقصان الأم إن نقصت وإلا فلا يجب شيء، والقياس أن يجب كمال الدية لأنه بضربه منع حدوث الحياة فيه فيكون بذلك كالمزهق للروح، ولهذا المعنى وجب قيمةولد المغرور فإنه منع من حدوث الرق فيه، وكذا وجب على المحرم قيمة بيض الصيد بكسره وجه الاستحسان ما روي «أن امرأة من هذيل ضربت بطن امرأة بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا إلى رسول اللّه ﷺ فقضى أن دية جنينها غرة عبد أو **وليدة** وقضى بدية المرأة على عاقلتها»[١] رواه البخاري ومسلم وأحمد، **وهي على العاقلة عندنا**، وقال مالك: في ماله لأنه بدل الجزء **ولنا أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة** على العاقلة ولأنه بدل النفس من وجه ولهذا قال عليه الصلاة والسلام: «دوه»، والدية بدل النفس وتجب في سنة، وقال الشافعي رحمه اللّه: في ثلاث سنين لأنه بدل النفس، ألا ترى أنه يورث وبدل العضو يكون لصاحب العضو، ولنا ما روي عن محمد بن الحسن أنه قال: بلغنا أن رسول اللّه ﷺ «قضى بالغرة على العاقلة في سنة»[٢]، ولأنه إن كان بدل النفس من حيث أنه نفس على حدة فهو بدل العضو أيضاً من حيث الاتصال بالأم فعملنا بالشبهين بالأوّل في حق التوريث وفي وجوب الدية، وإن لم يحصل بالأم نقصان، وبالثاني في حق التأجيل إلى سنة لأن بدل العضو إذا كان ثلث الدية أو أقل يجب في سنة واحدة، بخلاف أجزاء الدية حيث يجب كل جزء منها في ثلاث سنين حتى لو قتله عشرة أنفس يجب على

ويحتمل أنه كان ميتاً قبل ذلك، فلا يجب الضمان بالشك لأنه لا يجب شيء في أجنة البهائم، ألا ترى أن من ضرب شاة فألقت جنيناً ميتاً كان عليه نقصانها ولا شيء عليه في الجنين اهـ غاية. **قوله**: (**والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق**) أي للإلزام، وإنما قيد به لأن الظاهر يعتبر إذا لم يكن فيه إلزام الغيركما في رضيع أحد أبويه مسلم أعتقه عن كفارة القتل جاز لأن الظاهر منه سلامة الأعضاء اهـ غاية. **قوله**: (**أو وليدة**) قال ابن الأثير: الوليد هو الطفل فعيل بمعنى مفعول ثم قال: والجمع ولدان، والأنثى وليدة، والجمع الولائد وقد تطلق الوليدة على الجارية والأمة وإن كانت كبيرة اهـ **قوله**: (**وهي على العاقلة عندنا**) لأنها مقدرة بخمسمائة درهم والعاقلة تعقل خمسمائة درهم ولا تعقل ما دونها اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولنا أنه ﷺ قضى بالغرة إلخ**) قال الإتقاني: وأوجبنا الغرة بالحديث، وهو ما روى محمد بن الحسن في موطئه عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن رسول اللّه ﷺ قضى في الجنين يقتل في بطن أمة بغرة عبد أو وليدة، فقال: الذي قضى عليه كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل ومثل ذلك يطل، «فقال رسول اللّه ﷺ: إنما هو من

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه النسائي في القسامة (٤٨٢٥).

عاقلة كل واحد منهم عشر الدية، **ويستوي في الجنين** الذكر والأنثى لإطلاق ما روينا ولأن التفاوت في الأحياء إنما ثبت لتفاوت معنى الآدمية في المالكية، فإن الذكر يملك المال والنكاح والأنثى لا تملك سوى المال فكان الذكر أزيد فيما هو من خصائص الآدمية وهذا المعنى في الجنين معدوم إذ لا يملك ولا يستحق سوى الإعتاق وتوابعه والنسب ولا يستحق شيئاً من المال إلا بطريق الإرث، والوصية فيستوي الذكر والأنثى فيها ولأنه قد لا يعرف الذكر من الأنثى فيتقدّر الكل بمقدار واحد تيسيراً.

قال رحمه اللّه: (فإن ألقته حياً فمات فدية) أي تجب دية كاملة لأنه أتلف آدمياً خطأ أو شبه عمد فتجب فيه الدية كاملة.

قال رحمه اللّه: (وإن ألقته ميتاً فماتت الأم فدية وغرّة) لما روينا ولأنه جنى جنايتين فيجب عليه موجبهما، وهذا لما عرف أن الفعل يتعدّد بتعدّد أثره فصار كما إذا رمى فأصاب شخصاً ونفذ منه إلى آخر فقتله فإنه يجب عليه ديتان إن كانا خطأ، وإن كان الأوّل عمداً يجب القصاص والدية.

قال رحمه اللّه: (وإن ماتت فألقته ميتاً فدية فقط) وقال الشافعي رحمه اللّه: تجب الغرة مع الدية لأن الجنين مات بضربه ظاهراً فصار كما إذا ألقته ميتاً وهي بالحياة، ولنا أن موت الأم سبب لموته ظاهراً لأن حياته بحياتها وتنفسه بنفسها فيتحقق بموتها فلا يكون في معنى ما ورد به النص إذ الاحتمال فيه أقل فلا يضمن بالشك، وإن ألقته حياً بعدما ماتت يجب عليه ديتان دية الأم ودية الولد لأنه قتلهما فصار كما إذا ألقته حياً وماتا.

أخوان الكهان»[1]، وقال محمد أيضاً: أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن «عن أبي هريرة أن امرأتين من هذيل استبتا في زمان رسول اللّه ﷺ فرمت إحداهما الأخرى فطرحت جنيناً فقضى فيه رسول اللّه ﷺ بغرة عبد أو وليدة»[2]، قال محمد: وبهذا نأخذ إذا ضرب بطن المرأة الحرّة فألقت جنيناً ميتاً ففيه غرة عبد أو أمة أو خمسون ديناراً أو خمسمائة درهم نصف عشر الدية، فإن كان من أهل الإبل أخذ منه خمس من الإبل، وإن كان من أهل الغنم أخذ منه مائة من الشاء نصف عشر الدية إلى هنا لفظ محمد في موطئه اهـ إتقاني. **قوله: (ويستوي في الجنين إلخ)** يعني أن الواجب في جنين الحرّة خمسمائة سواء كان الجنين ذكراً أو أنثى، ولا يفضل الذكر على الأنثى في إيجاب الغرة لأن الحديث ورد باسم الجنين مطلقاً، ومطلقه يشمل الجميع اهـ إتقاني.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري في الطب (٥٧٦٠)، والنسائي في القسامة (٤٨١٩)، ومالك في الموطأ باب العقول (١٦٠٨).

قال رحمه اللّه: (وما يجب فيه يورث عنه ولا يرث الضارب فلو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتاً فعلى عاقلة الأب غرّة ولا يرث منها) وإنما يورث لأنه نفس من وجه على ما بينا، والغرّة بدله فيرثها ورثته ولا يرث الضارب من الغرّة شيئاً لأنه قاتل مباشرة ظلماً/ ولا ميراث للقاتل بهذه الصفة. [٢٥٠ أ/٣]

قال رحمه اللّه: (وفي جنين الأمة لو ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حياً وعشر قيمته لو أنثى) وقال الشافعي: تجب فيه عشر قيمة الأمّ لأنه جزء من وجه وضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل، **ولهذ وجب في جنين الحرّة عشر ديتها** بالإجماع وهو الغرّة ولنا أنه بدل نفسه فلا يقدّر بغيره إذ لا نظير له في الشرع، والدليل على أنه بدل نفسه أن الأمة أجمعت على أنه لا يشترط فيه نقصان الأصل، ولو كان ضمان الطرف لما وجب إلا عند نقصان الأصل، ويؤيد ذلك أن ما يجب في جنين الحرّة موروث ولو كان بدل الطرف لما ورث والحرّ والعبد لا يختلفان في ضمان الطرف لأنه لا يورث، وإنما يختلفان في ضمان النفس ولو كان ضمان الطرف لما ورث في الحرّ فإذا ثبت أنه ضمان النفس كان ديته مقدّرة بنفس الجنين لا بنفس غيره كما في سائر المضمونات، ولا نسلم أن الغرة مقدّرة بدية الأم بل دية نفس الجنين أن لو كان حياً فيجب نصف عشر ديته إن كان ذكراً، وعشر ديته إن كان أنثى فكذا في جنين الأمة تجب بتلك النسبة من قيمته لأن كل ما كان مقدّراً من دية الحرّ فهو مقدّر من قيمة

قوله: (ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها إلخ) قال في الكافي: ولنا أن الضمان إنما وجب من حيث كونه أصلاًفي نفسه لا من حيث كونه جزءاً، فإن ضمان الجزء إنما يجب عند ظهور النقصان في الأصل وهنا بخلافه، وإذا كان بدل نفسه فكان تقديره أولى لأن الضمان يجب جبراً للفائت والمقتول هو الجنين فكان اعتبار قيمته أولى من اعتبار قيمة أمه، غير أنا أوجبنا عشر القيمة أو نصف عشر القيمة اعتباراً بجنين الحرة، فإنه ثم يجب نصف عشر الدية إن كان ذكراً أو عشر الدية وإن كان أنثى وهو خمسمائة والقيمة في المماليك كالدية في الأحرار فيجب اعتبار الدية بالقيمة، فيؤدي إلى هذا ضرورة، فإن قيل: فيه تفضيل الأنثى على الذكر لأن عشر قيمته إذا كان أنثى أكثر من نصف عشر قيمته إذا كان ذكراً، وفي الديات يفضل الذكر على الأنثى ولا يفضل الأنثى على الذكر قلنا: هذا تسوية في الحقيقة والتسوية جائزة بيننا بالاتفاق، وهذا لأن القيمة هنا، كالدية ودية الأنثى على النصف من دية الذكر فصار العشر من هذا مثل نصف العشر من الذكر والتفضيل إنما يجب عند تفاوت الحال بتفاوت المالكية، وهذا يكون في المنفصل لا في الأجنة لأنه لا مالكية في الجنين، وإنما يجب ضمان الجنين باعتبار قطع النشوّ والأنثى في معنى النشوّ تساوي الذكر وربما تكون الأنثى أسرع نشوّاً، كما بعد الانفصال فلهذا جوّزنا تفضيل

العبد فيجب نصف عشر قيمته إن كان ذكراً، وعشر قيمته إن كان أنثى وعن أبي يوسف أنه يجب ضمان نقصان الأمّ إن انتقصت بذلك اعتباراً بجنين البهائم وهذا على أصله يستقيم لأن الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده مطلقاً، ولهذا يجاوز به دية الحرّ عنده والأول هو الظاهر اعتباراً بالحرّة لأن الوجوب للصيانة وهما في الحاجة إليها سواء، وهذا إذا كان الجنين من غير مولاها ومن غير المغرور، **وأما إذا كان من أحدهما** ففيه الغرّة المذكورة في جنين الحرّة ذكراً كان أو أنثى لأنه حرّ.

قال رحمه الله: (فإن حرّره سيده بعد ضربه فألقته فمات ففيه قيمته حياً ولا تجب الدية وإن مات بعد العتق) لأن الوجوب بالضرب والضرب صادفه وهو رقيق فتجب قيمته حياً لأنه صار قاتلاً له وهو حي فاعتبرنا حالتي السبب والتلف فأوجبنا عليه القيمة باعتبار حالة السبب وهو الضرب لأنه رقيق حينئذٍ، وأوجبنا عليه جميع قيمته باعتبار حالة التلف كأنه ضربه في الحال، وكان ينبغي أن يجب ما نقص بضربه إلى أن يوجد العتق كما لو قطع يد عبد أو جرحه فأعتقه المولى ثم مات يجب عليه أرش اليد والجرح وما نقص من قيمته إلى العتق لأن العتق يقطع السراية ، لكن اعتبر فيه الحالتان فجعل كأن الضرب لم يوجد في حق الجنين لأن المقصود بالضرب الأمّ وأوجب القيمة دون الدية، لأنه صار قاتلاً له بالضرب الأوّل فصار كما لو رمى عبداً فأعتقه المولى ثم وقع عليه السهم فمات، فإنه تجب عليه القيمة للمولى لأن الرمي ليس بجناية ما لم يتصل بالمحل فلا يجب فيه شيء بدون الاتصال بخلاف القطع والجرح، لأنه جناية في الحال والعتق بقطع السراية ومع هذا تجب القيمة دون الدية

الأنثى على الذكر لو تصوّر اهـ وقال في الفتاوى الظهيرية: وفي جنين المملوك نصف عشر قيمته إن كان ذكراً وعشر قيمته إن كان أنثى وهما في المقدار سواء من حيث الشرع لقيام قيمة كل واحد منهما مقام الدية، فحينئذٍ لا معتبر بالتفاوت اهـ وقال صاحب الهداية في كتابه المسمى بمختارات النوازل: وفي جنين الأمة إن كان ذكراً نصف عشر قيمته لو كان حياً، وعشر قيمته لو كان أنثى اعتباراً بالحرة لأن الغرة فيه نصف عشر دية الذكر وعشر دية الأنثى، إلا أن الدية مقدّرة والقيمة غيرمقدّرة فتتفاوت غرة جنين الأمة بتفاوت القيمة اهـ وقال في شرح الدرر: المسمى بالغرر عند قول المصنف: فنصف قيمته حياً وعشرها أنثى، لأن تقدير الشرع لما ورد في جنين حر بعشر دية حرة، ولم يرد في جنين رقيق وجب التقدير فيه من القيمة لأنها في المملوك كالدية ففرقوا فيه بين ذكر وأنثى بما ذكر المصنف نفياً للتفاوت بين غرتيهما، إذ في العادة قيمة الذكر أزيد من قيمتها بكثير وإذا اشتبه ذكورته وأنوثته أخذ بالأقل المتيقن والمعتبر في القيمة حال الولادة، وتصرف إلى سيده اهـ **قوله: (وأما إذا كان من أحدهما إلخ)** وجنين المسلمة والكافرة سواء وبه صرح في شرح

لأنه يصير قاتلاً له من وقت الرمي لأن الفعل المملوك له، **وقال فخر الإسلام**: قال بعض مشايخنا: معنى قوله ضمن أي الدية وقوله: ولا تجب الدية ليس هو من الجامع الصغير، ووجهه أن الضرب وقع على الأمّ فلم يعتبر جناية في حق الجنين إلا بعد الانفصال حياً ولذلك لم تنقطع سرايته بخلاف من جرح فأعتقه مولاه، وقال بعضهم: بل المراد به حقيقة القيمة لأن الجناية قد تمت منه لكن لا تعتبر في حق الجنين مقصوداً إلا بعد الانفصال فأشبه الرمي الذي تم من الرامي، ولا يعتبر في حق المرمي إليه إلا بعد الإصابة وقيل: هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروباً إلى كونه غير مضروب لأن العتق قاطع للسراية.

قال رحمه اللّه: (ولا كفارة في الجنين) وقال الشافعي: تجب الكفارة لأنه نفس/ [٢٥٠ ب/٣] من وجه فتجب احتياطاً لما فيها من العبادة، ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة لأنها شرعت زاجرة وفيها معنى العبادة لأنها تتأذى بالصوم، وقد عرف وجوبها في النفوس المطلقة فلا يتعداها لأن العقوبة لا يجري فيها القياس وقول الشافعي متناقض فيه لأنه كان يعتبره جزءاً حتى أوجب عليه عشر قيمة الأمّ، وهنا اعتبره نفساً حتى أوجب عليه الكفارة ونحن اعتبرناه جزءاً من وجه، ولهذا لم يجب فيه كل البدل فكذا لا تجب فيه الكفارة لأن الأعضاء لا كفارة فيها إلا إذا تبرع بها هو لأنه ارتكب محظوراً، فإذا تقرب بها إلى اللّه تعالى كان أفضل له ويستغفر اللّه تعالى مما صنع من الجريمة العظيمة، والجنين الذي استبان بعض خلقه كالتام في جميع ما ذكرنا من الأحكام لإطلاق ما روينا، **ولأنه ولد في حق الأحكام كأمومية الولد** وانقضاء العدة به والنفاس وغير ذلك، فكذا في حق هذا الحكم ولأنه به يتميز من العلقة والدم ولا بد منه.

الطحاوي اهـ إتقاني. **قوله: (وقال فخر الإسلام)** أي البزدوي في شرح الجامع الصغير اهـ إتقاني. (فرع) قال الفقيه أبو الليث: ولم يذكر محمد رحمه اللّه في الجامع الصغير أن القيمة تكون للمولى أو تكون ميراثاً من المضروب فيجوز أن تكون القيمة ميراثاً، لأن المولى لما أعتقه فقد بطل حق نفسه فصار في الميراث حكمه حكم الأحرار، ويجوز أن يقال: إن القيمة للمولى لأنه لما وجب على القاتل القيمة صار كأن الرجل قتل مملوكه لأن وجوب الضمان استند إلى الضرب ووقت الضرب كان مملوكاً، وكذا قال الفقيه اهـ إتقاني. قوله: فصار في الميراث حكمه حكم الأحرار وهو قياس قول الأئمة الثلاثة اهـ كاكي. وأما قوله: لا كفارة على الضارب فلأن القتل غير متحقق لجواز أن الحياة لم تخلق فيه، والكفارة إنما تجب بتحقق القتل، ولأن النبي ﷺ لما قضى بالغرة لم يذكر الكفارة، ولو وجبت الكفارة لذكرها اهـ إتقاني. **قوله: (ولأنه ولد في حق الأحكام كأمومية الولد)** أي إذا

قال رحمه الله: (**وإن شربت دواء لتطرحه أو عالجت فرجها حتى أسقطته ضمن عاقلتها الغرّة وإن فعلت بلا إذن**) لأنها أتلفته متعدية فيجب عليها ضمانه وتتحمل عنها العاقلة لما بينا، ولا ترث هي من الغرّة شيئاً لأنها قاتلة بغير حق والقاتل لا يرث، بخلاف ما إذا فعلت ذلك بإذن الزوج حيث لا تجب الغرّة لعدم التعدي، ولو فعلت أمّ الولد ذلك بنفسها حتى أسقطت فلا شيء عليها ما لم تستحق لاستحالة وجوب الدين على المملوك لسيده، ولو استحقت وجب للمولى غرّة لأنه تبين أنه ليس بمالك لها، وإنه مغرور وولد المغرور حرّ الأصل وهي متعدية بذلك الفعل فصارت قاتلة للجنين فتجب الغرّة له، ويقال للمستحق: وإن شئت سلم الجارية، وإن شئت افدها لأنه الحكم في جناية المملوك والله أعلم.

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال رحمه الله: (**ومن أخرج إلى طريق العامة كنيفاً أو ميزاباً أو جرصناً أو دكاناً فلكل نزعه**) أي لكل أحد من أهل الخصومة مطالبته بالنقص كالمسلم البالغ العاقل الحرّ أو الذمي لأن لكل منهم المرور بنفسه وبدوابه فيكون له الخصومة بنقضه، **كما في الملك المشترك** بخلاف العبيد والصبيان المحجور عليهم حيث لا يؤمر بالهدم

ادّعاه المولى اهـ غاية. **قوله في المتن: (وإن شربت دواء لتطرحه إلخ)** قال في الفتاوى الصغرى: المرأة إذا ضربت بطن نفسها متعمدة أو شربت دواء لتسقط ولدها فسقط يضمن عاقلتها الغرة، ونقله عن الزيادات وقال في الواقعات في باب الديات: امرأة شربت دواء لتسقط ولدها عمداً فألقت جنيناً حياً ثم مات فعلى عاقلتها الدية في ثلاث سنين إن كان لها عاقلة، فإن لم يكن فذلك في مالها ولا ترث منه شيئاً وعليها الكفارة، ولو ألقت جنيناً ميتاً تجب الغرة على العاقلة في سنة واحدة، ولو كان الشرب لإصلاح البدن فلا شيء عليها ولا ترث منه شيئاً اهـ إتقاني.

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

ما فرع من بيان أحكام القتل بالمباشرة شرع في بيان أحكام القتل بطريق التسبب والضرب على بطن المرأة مباشرة في قتل الجنين، وقدم المباشرة لأنه قتل بلا واسطة، والتسبيب بالواسطة، ولأن القتل بالمباشرة أكثر وقوعاً فكان أمس حاجة إلى معرفة أحكامه اهـ كاكي. قوله: لأنه قتل بلا واسطة أي فكان أصلاً اهـ **قوله: (أو جرصناً)** الجرصن جذع يخرجه الإنسان من الحائط إلى الطريق ليبني عليه، وفسره الفقيه أبو الليث بالبرج الذي يكون في الحائط وقال فخر الإسلام: اختلفت فيه فقال بعضهم: هو البرج وقال بعضهم:

بمطالبتهم، **لأن خصومة المحجور عليه** لا تعتبر في ماله بخلاف الذمي هذا إذا بنى لنفسه، وأما إذا بنى للمسلمين كالمسجد ونحوه فلا ينقض كذا روي عن محمد رحمه الله، وقال إسماعيل الصفار: إنما ينقض بخصومته إذا لم يكن له مثل ذلك فإن كان له مثله لا يلتفت إلى خصومته لأنه لو أراد به إزالة الضرر عن الناس لبدأ بنفسه وحيث لم يزل ما في قدرته علم أنه متعنت، ثم الكلام في هذه المسألة في ثلاثة مواضع أحدها في أنه هل يحل له إحداثه في الطريق أم لا، والثاني في الخصومة في منعه من الإحداث فيه ورفعه بعده، والثالث في ضمان ما يتلف بهذه الأشياء، أما الإحداث فقد قال شمس الأئمة رحمه الله: إن كان الإحداث يضر بأهل الطريق فليس له أن يحدث ذلك، فإن كان لا يضر بأحد لسعة الطريق جاز له إحداثه فيه ما لم يمنع منه، لأن الانتفاع في الطريق بالمرور فيه من غير أن يضر بأحد جائز فكذا ما هو مثله فيلحق به إذا احتاج إليه وإذا أضر بالمارّة لا يحل له **لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»**(١)، وهذا نظير من عليه الدين فإنه لا يسعه التأخير إذا طالبه صاحبه، ولو لم يطالبه جاز له تأخيره، وعلى هذا القعود في الطريق للبيع والشراء يجوز إن لم يضر بأحد، وإن أضر لم يجز لما قلنا، وأما الخصومة فيه **فقال أبو حنيفة رحمه الله: لكل أحد من عرض الناس** أن يمنعه من الوضع وأن يكلفه الرفع بعد الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن إذا وضع بغير إذن الإمام لا فتياته على رأيه لأن التدبير في الأمور العامة إلى الإمام/، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله لكل أحد أن يمنعه [٢٥١/أ/٣] من الوضع قبل الوضع لا بعده لأنه بالوضع صار في يده خاصة، والذي يخاصمه بعد ذلك يريد إبطال يده الخاصة من غير دفع ضرر عن نفسه فيكون متعنتاً، ولا كذلك قبل الوضع لأنه ليس فيه إبطال يده الخاصة ولكل أحد يد فيه والذي يريد الإحداث

هو مجرى ماء مركب في الحائط ناتئ فكيفما كان فهو يشغل حق المسلمين، وهو فارسي معرب إذ ليس في العربية كلام على هذا التركيب أعني الجيم والراء والصاد بل مهمل في كلامهم اهـ إتقاني. **قوله: (كما في الملك المشترك)** أي فإن لكل واحد من الشركاء حق النقض فيما أحدثه غيره فيه اهـ **قوله: (لأن خصومة المحجور عليه إلخ)** فكذا في حق غيره كذا في الدراية نقلاً عن المبسوط اهـ **قوله: (لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»)** الحديث كما أثبت في الفردوس لا ضرر ولا ضرار في الإسلام أي لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء، لأن الضرر بمعنى الضر وهو يكون من واحد، والضرار من اثنين بمعنى المضارّة وهو أن تضر من ضرك اهـ مغرب. **قوله: (فقال أبو حنيفة: لكل أحد من عرض الناس)** وفي الجمهرة ضربت عرض الحائط وعرض الجبل وكذلك عرض النهر، أي ناحيته وأراد به هنا

---

(١) تقدم تخريجه.

يقصد إبطال أيديهم العامّة وإدخاله في يده الخاصة فكان لكل أحد أن يمنعه من ذلك، **وعلى قول محمد** رحمه اللّه: ليس لأحد أن يمنعه قبل الوضع ولا بعده إذا لم يكن فيه ضرر بالناس لأنه مأذون له في إحداثه شرعاً، ألا ترى أنه يجوز له ذلك إن لم يمنعه أحد **والمانع منه متعنت** فلا يمكن من ذلك فصار كما لو أذن له الإمام بل أولى، لأن إذن الشارع أحرى وولايته أقوى فصار كالمرور حتى لا يجوز لأحد أن يمنعه منه، وجوابه أن هذ انتفاع بما لم يوضع له الطريق فكان لهم منعه، وإن كان جائزاً في نفسه بخلاف المرور فيه لأنه انتفاع بما وضع له فلا يكون لأحد منعه.

قال رحمه اللّه: (وله التصرف في النافذ إلا إذا أضر) أي له أن يتصرف بإحداث الجرصن وغيره مما تقدم ذكره في الطريق النافذ، إذا لم يضر بالعامة معناه إذا لم يمنعه أحد وقد ذكرناه، والخلاف الذي فيه فلا نعيده.

قال رحمه اللّه: (وفي غيره لا يتصرف إلا بإذنهم) أي في غير النافذ من الطرق لا يتصرف أحد بإحداث ما ذكرنا إلا بإذن أهله لأن الطرق التي ليست بنافذة مملوكة لأهلها فهم فيها شركاء، ولهذا يستحقون بها الشفعة والتصرف في الملك المشترك من الوجه الذي لم يوضع له **لا يملك إلا بإذن الكل** أضرّ بهم أو لم يضر، بخلاف النافذ لأنه ليس لأحد فيه ملك فيجوز الانتفاع به ما لم يضر بأحد، ولأنه إذا كان الطريق نافذاً كان حق العامة فيتعذر الوصول إلى إذن الكل فجعل كل واحد كأنه هو المالك وحده في حق الانتفاع ما لم يضر بأحد ولا كذلك غير النافذ، لأن الوصول إلى إرضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكماً.

قال رحمه اللّه: (**فإن مات أحد بسقوطها فديته على عاقلته**، كما لو حفر بئراً في طريق أو وضع حجراً فتلف به إنسان) أي إذا مات إنسان بسقوط ما ذكره من كنيف أو ميزاب أو جرصن فديته على عاقلة من أخرجه إلى الطريق لأنه متسبب لهلاكه متعدّ في إحداث ما يتضرر به المارة بإشغال هواء الطريق به أو بإحداث ما يحول بينهم وبين الطريق وكذا إذا عثر بنقضه إنسان، ولو عثر بما أحدثه هو رجل فوقع على آخر فماتا فديتهما على عاقلة من أحدثه **لأن الواقع كالمدفوع على الآخر**، ولو سقط الميزاب

أضعف الناس وأرذلهم اهـ إتقاني. **قوله**: (**وعلى قول محمد إلخ**) وفي العمادية حكى الخلاف بين الصاحبين على عكس هذا اهـ **قوله**: (**والمانع منه متعنت**) والمتعنت هو الذي يخاصم فيما لا ضرر فيه لنفسه أو لغيره اهـ إتقاني. **قوله**: (**لا يملك إلا بإذن الكل**) قال الإتقاني: ليس له أن يفعل ذلك سواء أضرّ بهم أو لم يضر إلا أن يأذنوا له وهم كلهم بالغون، اهـ **قوله في المتن**: (**فإن مات أحد بسقوطها فديته على عاقلته**) ولا تجب عليه الكفارة ولا يحرم الإرث كما سيجيء في الصفحة الآتية في أثنائها وآخرها اهـ **قوله**: (**لأن الواقع كالمدفوع على الآخر**)

فأصاب ما كان في الداخل رجلاً فقتله فلا ضمان على أحد لأنه وضع ذلك في ملكه فلا يكون متعدّياً فيه، وإن أصابه ما كان خارجاً منه فالضمان على من وضعه لأنه متعدّ فيه بشغل هواء الطريق، ولو أصابه الطرفان وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف فصار كما إذا جرحه إنسان وسبع ومات منهما ولو لم يعلم أي طرف أصابه، ففي القياس لا يجب عليه شيء لأنه إن أصابه ما كان خارجاً يضمن وإن أصابه ما كان داخلاً لا يضمن فلا يضمن بالشك لأن فراغ ذمته كان ثابتاً بيقين وفي الشغل شك، وفي الاستحسان يضمن النصف لأنه في حال يضمن الكل، وفي حال لا يضمن شيئاً فيضمن النصف، ولا يقال: ينبغي أن يضمن ثلاثة أرباع الدية لأنه يضمن في حال النصف وهو ما إذا كان أصابه الطرفان فيتنصف فيكون مع النصف الأوّل ثلاثة أرباع **لأن أحوال** الإصابة حالة واحدة فلا تتعدّد لاستحالة اجتماعها بخلاف حالة الحرمان، ولو أشرع جناحاً إلى الطريق ثم باع الكل فأصاب الجناح رجلاً فقتله أو وضع خشبة في الطريق **ثم باع الخشبة** وتركها المشتري حتى عطب بها إنسان فالضمان على البائع لأن فعله/ [٢٥١ ب/٣] لم ينسخ بزوال ملكه وهو الموجب بخلاف الحائط المائل إذا باعه بعد الإشهاد عليه ثم سقط في ملك المشتري على إنسان حيث لا يضمن البائع ولا المشتري، لأن المشتري لم يشهد عليه وهو شرط في الحائط المائل، وفي حق البائع قد بطل الإشهاد الأوّل لأن الملك شرط لصحة الإشهاد فيبطل بخروجه عن ملكه لأنه لا يتمكن من نقض ملك الغير، وفيما نحن فيه إنما يضمن بإشغال هواء الطريق لا باعتبار الملك والإشغال باقٍ بعد البيع فيضمن، ألا ترى أن ذلك الإشغال لو حصل من غير مالك كالمستأجر أو المستعير أو الغاصب يضمن وفي الحائط لا يضمن غير المالك، ولو وضع في الطريق جمراً فاحترق به شيء يضمنه لأنه متعدّ فيه، ولو حرّكت الريح عين الجمر فحوّلته إلى موضع آخر **فأحرق شيئاً لا يضمن** لنسخ الريح فعله بالتحويل، وإن حركت الشرار يضمن عند بعضهم لأن العين باقية فلم ينسخ فعله فكانت الجناية باقية، **وقيل: إذا كان اليوم ريحاً يضمن** وإن حوّلته أيضاً لأنه فعل ذلك مع علمه بعاقبته، وقد أفضى إليها فيضمن كمباشرته أو بمنزلة دابة جالت في

يعني يصير المحدث في الطريق كالدافع للعاثر على الذي سقط العاثر عليه اهـ **قوله: (لأن أحوال إلخ)** جواب لا يقال اهـ **قوله: (ثم باع الخشبة)** وبرئ إليه منها اهـ هداية. **قوله: (فأحرق شيئاً لا يضمن)** وكذلك كل شيء وضعه في الطريق فتغير من ذلك الموضع فقد برئ من الضمان لأنه لا يبقى أثر الفعل الأوّل وهو كونه موضوعاً في ذلك المكان لاعتراض فعل آخر عليه فانقطعت النسبة كذا في شرح الكافي اهـ إتقاني. **قوله: (وقيل: إذا كان اليوم ريحاً يضمن)** يعني إذا كانت الريح متحركة حين وضع الجمر على الطريق ثم حركت الريح

رباطها، **ولو استأجر رب الدار الفعلة** لإخراج الجناح أو الظلة فوقع قبل أن يفرغوا من العمل فقتل إنساناً **فالضمان عليهم**، لأن التلف بفعلهم لأن العمل لم يكن مسلماً إلى رب الدار قبل فراغهم منه فانقلب فعلهم قتلاً حتى وجبت عليهم الكفارة ويحرمون من الإرث، بخلاف ما تقدّم من المسائل من إخراج الجناح أو الميزاب أو الكنيف إلى الطريق فقتل إنساناً بسقوطه حيث لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الإرث، **لأنه تسبيب** وهنا مباشرة والقتل غير داخل في عقده فلم يستند فعلهم إليه فاقتصر عليهم، وقال شيخ الإسلام رحمه اللّه: هذا على وجوه إما أن قال لهم: ابنوا لي جناحاً على فناء داري فإنه ملكي أولى فيه حق إشراع الجناح من القديم، ولم يعلموا الفعلة ثم ظهر بخلاف ما قال ثم سقط فأصاب شيئاً فالضمان على الأجراء ويرجعون بالضمان على الآمر قياساً واستحساناً سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده، لأن الضمان وجب على العامل بأمر الآمر فكان له أن يرجع به عليه، **كما لو استأجر** شخصاً ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة بعد الذبح كان للمستحق أن يضمن الذابح **ويرجع الذابح به على الآمر** فكذا هذا، وإما أن قال لهم: أشرعوا لي جناحاً على فناء داري وأخبرهم أنه ليس له حق الإشراع في القديم أو لم يخبرهم حتى بنوا، ثم سقط فأتلف شيئاً إن سقط قبل الفراغ من العمل فالضمان عليهم ولم يرجعوا به على الآمر قياساً، وإن سقط بعد الفراغ من العمل فكذا في جواب القياس لأن المستأجر أمرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا فساد أمره فلم يحكم بالضمان على المستأجر، كما لو استأجر رجلاً ليذبح شاة جارٍ له وأعلمه فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر، وكذا لو استأجرهم ليبنوا له بيتاً في وسط الطريق ثم سقط فأتلف شيئاً لم يرجعوا به على الآمر، وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر لأن هذا الأمر صحيح **من حيث أنه**

الجمر عن مكانه فأحرق شيئاً يضمنه وهو اختيار الإمام السرخسي وكان شمس الأئمة الحلواني لا يقول بالضمان إذا حركته الريح عن مكانه من غير تفضيل اهـ إتقاني. وكتب على قوله: ريحاً قال في مجمع البحرين: وراح اليوم يراح إذا اشتدّ ريحه ويوم راح شديد الريح فإذا كان طيب الريح قالوا: الريح بالتشديد ومكان ريح أيضاً. **قوله**: (**ولو استأجر رب الدار الفعلة**) الفعلة جمع فاعل كالقتلة جمع قاتل اهـ **قوله**: (**فالضمان عليهم**) إذا استأجر أجراء يحفرون له في غير فنائه أو في فنائه ينظر حكمه عند قوله ومن جعل بالوعة إلخ فراجعه اهـ وسيأتي في الصفحة الآتية ما إذا استأجر أجيراً ليبني له فناء حانوته اهـ **قوله**: (**لأنه تسبيب**) والكفارة وحرمان الإرث يثبتان بالقتل حقيقة اهـ **قوله**: (**كما لو استأجر إلخ**) انظر ما ذكره في الورقة الآتية عند قوله ومن جعل بالوعة إلخ اهـ **قوله**: (**ويرجع الذابح به على الآمر**) أي لأن الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن المأمور ويرجع المغرور اهـ

فناء داره مملوك له من وجه **على معنى أنه يباح له الانتفاع** بشرط السلامة لكن غير صحيح وغير مملوك من حيث أنه لا يجوز بيعه، فمن حيث أن الأمر صحيح يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث أنه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملاً بهما وإظهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من إظهاره قبل الفراغ، لأن أمر الآمر إنما يصح من حيث أنه يملك الانتفاع بفناء داره، وإنما يحصل له ذلك بعد الفراغ من العمل، قوله: كما لو حفر بئراً في طريق أو وضع حجراً فتلف به إنسان أي القتل بسقوط الميزاب ونحوه، كالقتل بحفر البئر ووضع الحجر في الطريق لأن كل واحد منهما قتل بسبب حتى لا تجب فيه الكفارة ولا/ [٢٥٢/ ٣] يحرم الميراث فيكون حكمه كحكمه فيما ذكرنا.

قال رحمه الله: (ولو بهيمة فضمانها في ماله) أي لو كان الهالك في البئر أو بسقوط الجرصن بهيمة يكون ضمانها في ماله **لأن العاقلة لا تتحمل ضمان المال** وإلقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة إلقاء الحجر والخشبة، لأن كل ذلك تسبيب بطريق التعدّي، بخلاف ما إذا كان في ملكه لعدم التعدّي، وبخلاف ما إذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه إنسان حيث لا يضمن لأنه ليس بمتعدّ فيه لأنه لم يحدث فيه شيئاً وإنما قصد إماطة الأذى عن الطريق، حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل به إنسان ضمن لوجود التعدّي بشغله الطريق، ولو وضع حجراً فنحاه غيره عن موضعه فتلفت به نفس أو مال كان ضمانه على من نحاه **لأن فعل الأوّل قد انتسخ**، وكذا إذا صب الماء في الطريق أو رش أو توضأ فعطب به نفس أو مال يضمن لأنه متعدّ فيه بخلاف ما إذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد فيه أو وضع خشبة أو متاعه لأن لكل أحد من أهلها أن يفعل ذلك لكونه من ضرورات السكنى، كما في الدار المشتركة بخلاف الحفر فإنه ليس من ضرورات السكنى فيضمن ما عطب به كالدار المشتركة غير أنه لا يضمن في السكة ما نقص بالحفر، وفي الدار المشتركة يضمن لأن لشريكه ملكاً حقيقة في الدار حتى يبيع نصيبه

هداية. **قوله**: (**من حيث أن**) الذي بخط الشارح من حيث أنه اهـ **قوله**: (**على معنى أنه يباح له الانتفاع**) أي من إلقاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان قاله الشارح فيما سيأتي عند قوله ومن جعل بالوعة إلخ اهـ **قوله**: (**لأن العاقلة لا تتحمل ضمان المال**) قال الإتقاني: لأن العاقلة لا تتحمل غير الآدمي كالديون، قال الكرخي في مختصره: فما كان من جناية بذلك في بني آدم فهو مضمون على العاقلة إذا بلغ القدر الذي عرفتك أن العاقلة تحمله وما لم يبلغ ذلك فهو في ماله وما كان من جناية على غير بني آدم فهو في ماله دون عاقلته اهـ **قوله**: (**لأن فعل الأوّل قد انتسخ**) لأن هذا شغل جديد حصل بفعل الذي نحاه وهو

ويقسم، بخلاف السكة قالوا: هذا إذا رش ماء كثيراً بحيث يزلق فيه عادة، وأما إذا لم يجوز المعتاد لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع الصب مع علمه بذلك لا يضمن الراش لأنه هو الذي خاطر بنفسه فصار كمن وثب في البئر من جانب إلى جانب فوقع فيها، بخلاف ما إذا كان بغير علمه بأن كان ليلاً أو أعمى، وقيل: يضمن مع العلم أيضاً إذا رش جميع الطريق لأنه مضطر إلى المرور فيه، وكذلك الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق وفي أخذها جميع الطريق أو بعضه، ولو رش فناء حانوت بإذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحساناً، ولو استأجر أجيراً ليبنى له في فناء حانوته فأصاب إنساناً فمات فإن كان بعد فراغه يجب على الآمر استحساناً، وإن بنى في وسط الطريق فالضمان على الأجير لفساد الأمر، وإن حفر بالوعة في الطريق فإن أمره السلطان بذلك لا يضمن لأنه غير متعدّ فيه، لأن له ولاية في أمور العامة وبغير أمره يضمن ما عطب فيها لوجود التعدّي، لأنه وإن كان مباحاً فهو مقيد بشرط السلامة، وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرنا وغيره لأن المعنى لا يختلف، وفناء داره كداره حتى لا يضمن ما عطب بما حفره فيه لأن له ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه، وقيل: هذا إذا كان الفناء مملوكاً أو كان له حق الحفر بأن أذن له الإمام أو كان لا يضر بأحد لأنه غير متعدّ فيه، أما إذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركاً بأن كان في سكة غير نافذة يضمنه لأنه مسبب متعدّ فيه وهذا صحيح، ولو وقع رجل البئر المحفور في طريق العامّة فمات فيه جوعاً أوعطشاً أو غماً فلا ضمان على الحافر عند أبي حنيفة رضي اللّه عنه لأنه مات بمعنى في نفسه، والضمان إنما يجب إذا مات من الوقوع، وقال أبو يوسف رحمه اللّه: في الجوع كذلك وإن مات غماً يجب الضمان لأنه لا سبب للغم سوى الوقوع فيه، أما الجوع والعطش فلا يختص بالبئر، وقال محمد رحمه اللّه: هو ضامن في الوجوه كلها لأن ذلك حصل له بسبب الوقوع، ولولا ذلك لتناول الخبز والماء.

قال رحمه اللّه: (ومن جعل بالوعة في طريق بأمر سلطان أو في ملكه أو وضع خشبة فيها) أي في الطريق (أو قنطرة بلا إذن الإمام فتعمد رجل المرور عليها لم يضمن) لأن حفر البالوعة بإذن الإمام أو في ملكه ليس بتعدّ، ووضع الخشبة والقنطرة بلا إذن الإمام / وإن وجد التعدّي منه فيهما لكن تعمده بالمرور عليهما يقطع النسبة [٢٥٢ ب/٣]

متعدّ في ذلك اهـ قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي: فإن قالوا: هذا محتسب فيما يفعل حيث أماط الأذى عن الطريق قلنا: بلى ولكنه أخطأ الحسبة حيث شغل موضعاً آخر من الطريق والحسبة التامة أن يطرحه في موضع لا يكون ممراً أو يطرحه في حفرة في الطريق على وجه تمتلئ الحفيرة فيصير محتسباً من وجهين اهـ إتقاني.

إلى الواضع لأن الواضع مسبب، والمارّ مباشر فصار هو صاحب علة فلا يعتبر التسبيب معه، وقد بيناه وأمثاله فيما مضى، وإن استأجر أجراء يحفرون له في غير فنائه فضمانه على المستأجر ولا شيء على الأجراء إن لم يعلموا أنها في غير فنائه، لأن أمره قد صح إذا لم يعلموا فنقل فعلهم إلى الآمر لأنهم مغرورون من جهته فصار كما إذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره إلا أنه في الشاة يضمن المأمور ويرجع به على الآمر لكونه مغروراً من جهته، وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لأن كل واحد منهما مسبب والأجير غير متعدّ والمستأجر متعد فترجح جانبه، فإن علموا بذلك فالضمان على الأجراء لأن أمره لم يصح لأنه لا يملك أن يفعل بنفسه، ولا غرور من جهته لعلمهم بذلك فبقي الفعل مضافاً إليهم، ولو قال لهم: هذا فنائي وليس لي حق الحفر فيه فحفروا فمات فيه إنسان فالضمان على الأجراء قياساً لأنهم علموا بفساد الأمر فلم يغرّهم، وفي الاستحسان الضمان على المستأجر لأن كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكاً له لانطلاق يده في التصرف فيه من إلقاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان آمراً بالحفر في ملكه ظاهراً بالنظر إلى ما ذكرنا فلذا ينقل إليه، وقال شيخ الإسلام رحمه اللّه: إذا كان الطريق معروفاً أنه للعامة ضمنوا سواء قال لهم: إنه لي أو لم يقل لعلمهم بفساد أمره قبل.

قال رحمه اللّه: (ومن حمل شيئاً في الطريق فسقط على إنسان ضمن) سواء تلف بالوقوع أو بالعثرة به بعد الوقوع لأن حمل المتاع في الطريق على رأسه أو على ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمي إلى الهدف أو إلى الصيد.

قال رحمه اللّه: (ولو كان رداء قد لبسه فسقط لا) أي لو كان المحمول رداء قد لبسه فسقط على إنسان فعطب به لا يضمن، والفرق بينه وبين الشيء المحمول أن حامل الشيء يقصد حفظه فلا يحرج بالتقييد بوصف السلامة، واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بوصف السلامة فجعل في حقه مباحاً مطلقاً، وعن محمد رحمه اللّه تعالى إذا لبس زيادة على قدر الحاجة أو ما لا يلبس عادة كاللبد والجوالق والدرع من الحديد في غير الحرب ضمن لأنه لا ضرورة إلى لبسه وسقوط الضمان باعتبارها لعموم البلوى.

قال رحمه اللّه: (مسجد لعشيرة فعلق رجل منهم قنديلاً أو جعل فيه بواري أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن، وإن كان من غيرهم ضمن) وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقالا: لا يضمن في الوجهين لأن هذه قربة يثاب عليها الفاعل فصار كأهل المسجد وكما لو كان بإذنهم وهذا لأن بسط الحصير وتعليق القنديل من باب التمكين من إقامة الصلاة فيه فيكون من باب التعاون على البر والتقوى فيستوي فيه

أهل المسجد وغيرهم، وله أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لأهله دون غيرهم كنصب الإمام واختيار المتولي وفتح بابه وإغلاقه وتكرار الجماعة حتى لا يعتدّ بمن سبقهم في حق الكراهية، وبعدهم يكره فكان فعلهم مباحاً مطلقاً غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم مقيد بها، وقصد القربة لا ينافي الغرامة إذا أخطأ الطريق، كما إذا تفرّد بالشهادة على الزنا، وكما إذا وقف على الطريق لإماطة الأذى أو لدفع الظلم فعثر به غيره يؤجر على ذلك ويغرم والطريق فيه الاستئذان من أهله، وقال الحلواني: أكثر المشايخ أخذوا بقولهما وعليه الفتوى، وعن ابن سلام باني المسجد أولى بالعمارة والقوم أولى بنصب الإمام والمؤذن، وعن الإسكاف: الباني أحق بذلك، قال أبو الليث رحمه الله: وبه نأخذ إلا أن ينصب والقوم يرون من هو أصلح لذلك والله أعلم.

قال رحمه الله: (وإن جلس فيه) أي في المسجد ([رجل منهم][1] فعطب به أحد ضمن إن كان في غير الصلاة، وإن كان/ فيها لا) وهذا عند أبي حنيفة رحمه [٢٥٣ أ/٣] الله، وقالا: لا يضمن على كل حال، ولو كان جالساً لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه في الصلاة أو في غيرها أو مرّ فيه أو قعد فيه للحديث فهو على هذا الاختلاف، وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل: لا يضمن بلا خلاف، وصلاة التطوّع كالفرض بالإجماع لهما أن المساجد بنيت للصلاة والذكر قال الله تعالى: ﴿في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيه اسمه﴾ [النور: ٣٦]، وقال تعالى: ﴿وأنتم عاكفون في المساجد﴾ [البقرة: ١٨٧]، فإذا بنيت لهما لا يمكنه أداء الصلاة مع الجماعة إلا بانتظارها فكان الجلوس فيه من ضروراتها فيباح له، ولأن المنتظر للصلاة في الصلاة لقوله عليه الصلاة والسلام: «المنتظر للصلاة في الصلاة ما دام ينتظرها»[2]، وتعليم الفقه وقراءة القرآن عبادة كالذكر فيتناوله النص دلالة، وله أن المسجد بني للصلاة وغيرها من العبادة تبع بدليل أن المسجد إذا ضاق على المصلي كان له أن يزعج القاعد عن موضعه حتى يصلي فيه، وإن كان القاعد مشتغلاً بذكر الله تعالى أو بقراءة القرآن أو التدريس أو معتكفاً وليس لأحد أن يزعج المصلي عن مكانه الذي سبق إليه لما أنه بنى لها واسمه يدل عليه، لأن المسجد اسم لموضع السجود وفي العادة أيضاً لا يعرف بناء المسجد إلا للصلاة، فإذا كان كذلك فلا بدّ من إظهار التفاوت بينهما فكان الكون فيه في حق الصلاة مباحاً مطلقاً من غير تقييد بشرط السلامة، وفي حق غيرها مقيد بشرط السلامة ليظهر التفاوت بين الأصل وبين التبع، ولا يبعد أن يكون الفعل قربة مقيداً بشرط السلامة، ألا ترى أن من وقف في

---

(١) ما بين معكوفتين زيادة من المطبوع.

(٢) أخرجه الترمذي في الصلاة (٣٣٠) بلفظ «لا يزال أحدكم في صلاة ما دام ينتظرها».

الطريق لإصلاح ذات البين كان قربة في نفسه ومع هذا يضمن إذا تلف به شيء، ولا فرق فيه بين أن يكون الرجل من أهل المسجد أو من غيرهم في الصحيح، وذكر صدر الإسلام أن الأظهر ما قالاه لأن الجلوس من ضرورات الصلاة فيكون ملحقاً بها، لأن ما ثبت ضرورة للشيء يكون حكمه كحكمه، وذكر شمس الأئمة أن الصحيح من مذهب أبي حنيفة رحمه اللّه أن الجالس لانتظار الصلاة لا يضمن، وإنما الخلاف في عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث، وذكر الفقيه أبو جعفر رحمه اللّه في كشف الغوامض سمعت أبا بكر يقول: إن جلس لقراءة القرآن أو معتكفاً لا يضمن بالإجماع، وذكر فخر الإسلام والصدر الشهيد أنه إن جلس للحديث يضمن بالإجماع، وذكر في الذخيرة أنه إذا قعد فيه لحديث أو نام أو قام فيه لغير الصلاة أو مرّ فيه ماراً ضمن عنده، وقالا: لا يضمن، وإن قعد للعبادة كانتظار الصلاة أو الاعتكاف أو قراءة القرآن أو للتدريس أو للذكر اختلف فيه المتأخرون على قوله: فقال بعضهم: يضمن وإليه ذهب أبو بكر الرازي، وقال بعضهم: لا يضمن وإليه ذهب أبو عبداللّه الجرجاني حكى ذلك كله في النهاية.

فصل في الحائط المائل

قال رحمه اللّه: (حائط مائل إلى طريق العامّة ضمن ربه ما تلف به من نفس أو مال إن طالب بنقضه مسلم أو ذمي ولم ينقضه في مدة يقدر على نقضه) وهذا استحسان، والقياس أن لا يضمن وهو قول الشافعي رحمه اللّه لأنه لم يوجد منه صنع هو تعدّ لا مباشرة علة ولا مباشرة شرط أو سبب لأن البناء كان في ملكه مستقيماً، والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فلا يضمن، كما إذا لم يشهد عليه ووجه الاستحسان مروي عن علي رضي اللّه عنه وعن شريح والنخعي والشعبي وغيرهم من أئمة التابعين ولأن الحائط لما مال فقد أشغل هواء الطريق بملكه ورفعه في قدرته **فإذا تقدم** إليه وطولب بتفريغه لزمه ذلك، فإذا امتنع مع تمكنه منه صار متعدياً بمنزلة ما

فصل في الحائط المائل

لما ذكر أحكام القتل الذي يحصل بمباشرة الإنسان أو تسبيبه شرع في بيان القتل الذي يتعلق بالجماد الذي لا اختيار له أصلاً وهو الحائط المائل، وذكر مسائله بلفظ الفصل في أوّلها لا بلفظ الباب إشارة إلى أن ما في هذا الفصل نوع مما يحدثه الرجل في الطريق اهـ إتقاني. وكتب ما نصه من حق هذا الفصل أن يؤخر عن مسائل جميع الحيوانات لأنه جماد والجماد مؤخر عن الحيوان إلا أنه ذكره هنا لمناسبة وهو أن الحائط تناسب الجرصن والروشن وغيره فلهذا ألحقه بها اهـ كاكي. **قوله: (فإذا تقدم)** على صبغة المبني

لو وقع ثوب إنسان في حجره يصير متعدّياً بالامتناع عن التسليم / إذا طولب به حتى [٢٥٣ ب/٢] يضمن بهلاكه في يده بعده بخلاف ما قبل الإشهاد لأنه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب، ولأنا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فتنقطع المارّة حذار الوقوع عليهم فيتضررون بذلك، ودفع الضرر العامّ واجب وله تعلق بالحائط لأنه ملكه فتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يجب تحمله لدفع الضرر العام كالرمي إلى الكفارة، وإن تترسوا بصبيان المسلمين **وكقطع اليد المستأكلة، ثم ما تلف به من النفوس تتحمله العاقلة** لأنها تتحمل تخفيفاً عنه كي لا يؤدّي إلى الاستئصال فهو أحق بذلك لأن جنايته دون الخطأ فيكون أدعى إلى التخفيف، وقال محمد رحمه الله: لا تتحملها العاقلة حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقدّم إليه في النقض، وعلى أنه مات بالسقوط عليه **وعلى أن الدار له** لأن إقراره لا يكون حجة على غيره، والملك الثابت بظاهر اليد لا يصلح حجة للاستحقاق، وما تلف به من الأموال فضمانه عليه لأن العاقلة لا تعقل المال والشرط طلب النقض منه دون الإشهاد، وإنما ذكر الإشهاد ليتمكن من إثباته عند جحوده أو جحود عاقلته **فكان من باب الاحتياط** كالإشهاد على طلب الشفعة لا على سبيل الشرط لصحة الطلب كعقد النكاح، ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب النقض مثل أن يقول: إن حائطك هذا مخوف أو مائل فاهدمه حتى لا يسقط فيتلف شيئاً أو اهدمه فإنه مائل صح الطلب وصار إشهاداً إذا كان بحضرة الشهود، وكذا لو قال: اشهدوا أني تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا صح أيضاً، ولو قال له: ينبغي لك أن تهدمه فهذا ليس بطلب ولا إشهاد بل هو مشورة، ويشترط أن يكون التقدم إلى من له ولاية التفريغ كالمالك والوصي في ملك الصغير أو الجدّ أو العبد التاجر كان عليه دين أولا، والتالف به يكون في رقبته إن كان مالاً والنفس على عاقلة المولى وإلى الراهن في الدار المرهونة لأنه القادر على الهدم، **وإلى المكاتب** ثم إن أتلف حال بقاء الكتابة يجب عليه قيمته لتعذر الدفع، وبعد

للمفعول من ماضي التقدم اهـ إتقاني. **قوله**: (**وكقطع اليد المستأكلة**) قال الإتقاني: وقطع اليد للأكلة عند خوف هلاك النفس اهـ **قوله**: (**ثم ما تلف به من النفوس تتحمله العاقلة**) ولا كفارة عليه لأنه ليس بمباشر فيما أصاب الحائط اهـ إتقاني. **قوله**: (**وعلى أن الدار له**) قال في شرح الطحاوي: فإذا أنكرت العاقلة واحداً من هذه الأشياء فلا ضمان عليهم حتى يشهد الشهود بذلك ولو أقر صاحب الدار بهذه الثلاثة لزمه في ماله ولا يجب على العاقلة اهـ إتقاني. **قوله**: (**فكان من باب الاحتياط**) حتى لو اعترف صاحبه أنه طولب بنقضه وجب عليه الضمان، وإن لم يشهد عليه ذكره في التحفة اهـ **قوله**: (**وإلى المكاتب**) قال فخر الإسلام في شرح الزيادات: مكاتب له حائط مائل إلى الطريق الأعظم فأشهد عليه ثم سقط فأتلف

عتقه على عاقلة المولى، وبعد العجز لا يجب على أحد لعدم قدرة المكاتب وعدم الإشهاد على المولى، ولو تقدّم إلى من يسكنها بإجارة أو إعارة أو إلى المرتهن أو المستأجر أو المودع لا يعتدّ به حتى لو سقط و أتلف شيئاً لا يضمن الساكن ولا المالك، ويشترط دوام تلك الولاية إلى وقت السقوط حتى لو خرج عن ملكه بالبيع بعد الإشهاد **برئ عن الضمان** لعدم قدرته على النقض، ويشترط للضمان أن تمضي مدة يتمكن فيها من النقض بعد الإشهاد حتى إذا أشهد عليه فسقط من ساعته قبل التمكن من نقضه لا يضمن ما تلف به لعدم قدرته على النقض، ولا يصح الإشهاد قبل أن يهى الحائط لانعدام التعدي ابتداء وانتهاء، ويقبل فيه شهادة رجل وامرأتين لأنه شهادة على التقدم **لا على القتل**، وسوّى في المختصر بين أن يكون المطالب بالنقض مسلماً أو ذمياً لأن الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم إليه من أيّ من كان بعد أن كان بالغاً عاقلاً حرّاً أو مكاتباً ذكراً كان أو أنثى، لأنه مطالبة حق فلا يختص بأحد من الأهل بخلاف العبيد والصبيان المحجور عليهم لأنهم ليسوا بأهل لمطالبة حقهم، فكذا لحق العامة إلا إذا أذن لهم المولى أو الولي في الخصومة، فحينئذٍ جاز طلبهم وإشهادهم لأنهم بالإذن التحقوا بالحرّ البالغ، ثم بعد الإشهاد تكون الخصومة عند السلطان أو نائبه كما في سائر الخصومات.

قال رحمه الله: (وإن بناه مائلاً ابتداء ضمن ما تلف بسقوطه بلا طلب) **لأنه تعدّى بالبناء** فصار كإشراع الجناح ووضع الحجر وحفر البئر في الطريق.

قال رحمه الله: (وإن مال إلى دار رجل فالطلب إلى ربها) لأن الحق له على

إنساناً فعلى المكاتب الأقل من قيمته، ومن دية المقتول فإن أدّى المكاتب فعتق ثم سقط فأتلف إنساناً ففيه دية القتيل على عاقلة مولاه، بخلاف ما إذا أخرج جناحاً أو كنيفاً ثم عتق ثم وقع وقتل إنساناً كان عليه الأقل من قيمته ومن الدية، والفرق ما قلنا: أن جناية الحائط كالمبتدئ في كل وقت فكأنه قتل بعد الحرية قتيلاً ابتداء فأما إخراج الجناح والكنيف فجناية واقعة فلم تجعل مبتدأ بعد العتق بل كان مضافاً إلى حل الرق اهـ إتقاني. **قوله: (برئ عن الضمان إلخ)** ولا يتفاوت الحكم إذا سقط الحائط بعدما قبضه المشتري أو بعدما ملكه، وبه صرح الكرخي في مختصره، وذلك لأنه لما باع فقد صار بحال لا يملك فيها النقض والضمان إنما يجب عليه بترك النقض فإذا لا يتمكن منه وليس هذا كمن أشرع جناحاً إلى الطريق ثم باع الدار وباع الجناح فوقع على إنسان ضمن البائع لأن نفس الوضع جناية فزوال ملكه عنه لا يغير حاله، وليس كذلك في مسألتنا لأن بناء الحائط لم يكن جناية، وإنما الجناية ترك النقض وإذا صار بحال لا يملك النقض في حال الوقوع خرج فعله من أن يكون جناية اهـ إتقاني. **قوله: (لا على القتل)** يعني لو كانت شهادة على القتل لم

الخصوص، **وإن كان يسكنها غيره** كان له أن يطالبه لأن له المطالبة بإزالة ما شغل الدار فكذا بإزالة ما شغل هواءها.

قال رحمه الله: (فإن أجله أو أبرأه صح بخلاف الطريق) أي إن أجله صاحب الدار أو أبرأه جاز تأجيله وإبراؤه حتى لو سقط في الإبراء أو قبل مضي المدة في التأجيل لا يضمن، لأن الحق له على ما ذكرنا بخلاف ما إذا مال إلى الطريق العامّ فأجله القاضي أو من أشهد عليه أو أبرأه حيث لا يصح التأجيل والإبراء إلا في حق نفسه، لأن الحق فيه لجماعة المسلمين وليس للقاضي ولا لغيره أو يبطل حقهم، وهو المراد بقوله: بخلاف الطريق والساكن في الدار كالمالك فيه حتى يصح تأجيله وإبراؤه لما ذكرنا.

قال رحمه الله: (حائط بين خمسة أشهد على أحدهم فسقط على رجل ضمن خمس الدية، دار بين ثلاثة حفر أحدهم فيها بئراً أو بنى حائطاً فعطب به رجل ضمن ثلثي الدية) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا رحمهما الله: ضمن/ نصف الدية [٢٥٤/أ/٣] في الفصلين لأن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر، وفي الحفر باعتبار ملكه غير متعدّ، وباعتبار ملك شريكه متعدّ فكانا قسمين فانقسم عليهما نصفين، كما إذا هلك بجرح الرجل ونهش الحية وعقر الأسد، ولأبي حنيفة رحمه الله أن الموت حصل بعلة واحدة **وهو الثقل المقدر والعمق المقدر** لأن أصل ذلك ليس بعلة وهو القليل منه حتى يعتبر كل جزء علة على حدة فتجتمع العلل، فإذا كان كذلك يضاف التلف إلى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات، لأن كل جراحة علة مستقلة بنفسها للتلف صغرت الجراحة أم كبرت على ما عرف في موضعه إلا أن التلف عند المزاحمة يضاف إلى الكل لعدم الأولوية، فإن قيل: الواحد من الشركاء لا يقدر أن يهدم شيئاً من الحائط فكيف يصح التقدم إليه، قلنا: إن لم يتمكن من هدم نصيبه يتمكن من إصلاحه بطريقه وهو المرافعة إلى الحكام وبه يحصل الغرض، لأن المقصود إزالة الضرر بأي طريق كان ولاتتعين بالهدم، **ولو وقع الحائط على الطريق** بعد الإشهاد فعثر إنسان

تقبل شهادة النساء لشبهة البدلية ولكنها ليست بشهادة عليه، بل هي شهادة على ميلان الحائط فتقبل شهادة رجل وامرأتين اهـ إتقاني. **قوله**: **(لأنه تعدى بالبناء)** أي في ملك غيره، ألا ترى أن هواء البقعة في حكمها ولو بنى في ملك غيره كان متعدياً، كذلك إذا بنى في هواء ملك غيره وإذا ثبت أنه متعد في ذلك ضمن ما تولد منه اهـ غاية. قال قاضيخان في باب الصلح ما نصه: من ملك أرضاً ملك ما تحته إلى الثرى وما فوقها إلى السماء اهـ **قوله**: **(وإن كان يسكنها غيره إلخ)** قال الإتقاني: وإن كان فيها سكان فالمطالبة إليهم وذلك المستأجر والمعير اهـ **قوله**: **(وهو الثقل)** أي في الحائط اهـ **قوله**: **(المقدر)** أي المهلك اهـ

بنقضه فمات ضمن لأن النقض ملكه فيكون التفريغ إليه والإشهاد على الحائط إشهاد على النقض، لأن المقصود إزالة الشغل بخلاف ما إذا سقط الحائط على إنسان ومات فعثر بالقتيل غيره فمات حيث لا يجب عليه ضمان الثاني، لأن التفريغ منه إلى الأولياء لا إليه، ولا يكون الإشهاد على الحائط إشهاداً على القتيل بخلاف ما لو كان الحائط جناح، والمسألة بحالها حيث يضمن القتيل الثاني أيضاً لأن وضع الجناح جناية إذ الوضع فعله فصار كأنه ألقاه عليه بيده، ولهذا لا يشترط الإشهاد عليه فيكون الثاني مضافاً إليه كالأوّل فيجب عليه تفريغ الطريق عن القتيل أيضاً فإذا لم يفرغ صار جانياً، وفي الحائط لم يوجد منه الفعل، وإنما جعل كالفاعل بترك النقض استحساناً فيظهر ذلك في حق القتيل الأوّل دون الثاني فلم يكن سقوط القتيل الأوّل في حق الثاني بفعله فلا يجب عليه التفريغ عنه، ألا ترى أنه لو باع الحائط أو النقض برئ من الضمان ولو كان بفعله لما برئ كما لو باع الجناح ولو عطب بجرّة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لأن التفريغ إليه وإن كانت ملك غيره لا يضمنه لأن التفريغ إلى مالكها وحده، ولو سقطت الجرة وحدها لا يضمن ما عطب بسقوطها لأنه وضعها في ملكه، ذكره في النهاية وعزاه إلى المبسوط واللّه أعلم.

باب جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك

قال رحمه اللّه: (**ضمن الراكب ما وطئت دابته** بيد أو رجل أو رأس أو كدمت أو خبطت لا ما نفحت برجل أو ذنب إلا إذا أوقفها في الطريق) والأصل أن المرور في

قوله: (والعمق) أي في البئر اهـ **قوله: (المقدر)** أي المهلك اهـ **قوله: (ولو وقع الحائط على الطريق إلخ)** قال في شرح الطحاوي: ولو أشهد على الحائط فسقط فتعقل بنقضه أو ميزابه إنسان فهلك يضمن في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف: ما تلف بالنقض لا يضمنه إلا إذا أشهد على النقض لأن الإشهاد على الحائط لا يكون إشهاداً على النقض، ولو لم يتعقل بالنقض ولكن تعقل بميت هلك بالحائط لم يضمن بالإجماع، لأن رفع الميت ليس على صاحب الحائط ولكن رفع النقض إليه اهـ إتقاني.

باب جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك

قوله في المتن: (ضمن الراكب ما وطئت دابته إلخ) قال الحاكم الشهيد في الكافي: وإذا سار الرجل على دابة أيّ الدواب كانت في طريق المسلمين فأوطأت إنساناً بيد أو رجل وهي تسير فقتلته فديته على عاقلة الراكب، وذلك لأنه مستعمل للدابة من مكان إلى مكان

طريق المسلمين مباح بشرط السلامة لأنه يتصرف في حقه من وجه، وفي حق غيره من وجه لكونه مشتركاً بين كل الناس فقلنا: بالإباحة مقيداً بالسلامة ليعتدل النظر من الجانبين فيما يمكن الاحتراز عنه لا فيما لا يمكن، لأن تقييده بها مطلقاً يؤدّي إلى المنع من التصرف وسدّ بابه وهو مفتوح، والاحتراز عن الإيطاء والصدم والكدم والخبط ممكن لأنه ليس من ضرورات السير فقيدناه بشرط السلامة عنه، ولا يمكنه الاحتراز عن النفحة بالرجل والذنب مع السير على الدابة فلم نقيده بها، وإن أوقفها في الطريق ضمن النفحة أيضاً لأنه يمكنه التحرّز عن الإيقاف، وإن لم يمكنه التحرز عن النفحة فصار متعدياً بالإيقاف وشغل الطريق به فيضمنه، وهو المراد بقوله: إلا إذا أوقفها في الطريق أو نقول: إن الطريق يشبه ملكه من حيث أن المرور فيه مباح له ويشبه ملك الغير من حيث أنه ليس له ملك يطلق له التصرف فوفرنا حظ الشبهين فجعلناه كملك غيره في حق ما يمكن / التحرز عنه، وكملكه في حق ما لا يمكن كي [٢٥٤ب/٣] لا يتعذر عليه الانتفاع وهذا الحكم في الطريق، وفي ملكه لا يضمن شيئاً من ذلك إلا الإيطاء وهو راكبها لأن الإيطاء مباشرة لأنه قتله بثقله حتى يحرم الميراث ويجب عليه الكفارة به وغيره تسبيب وفيه يشترط التعدي فصار كحفر البئر في ملكه **وفي المباشرة لا يشترط**، وإن كان في ملك غيره فإن كان بإذن مالكه فهو كما لو كان في ملكه، وإن كان بغير إذنه فإن دخلت هي من غير أن يدخلها هو ولم يكن هو معها لا يضمن شيئاً، وإن أدخلها هو ضمن الجميع سواء كان هو معها أو لم يكن لوجود التعدّي بالإدخال، والملك المشترك كملكه فيما ذكرنا لأن لكل واحد من الشركاء السير والإيقاف فيه وباب المسجد كالطريق في الإيقاف، ولو جعل الإمام موضعاً لوقوف الدواب عند باب المسجد فلا ضمان فيما حدث من الوقوف فيه، وكذلك إيقاف الدابة في سوق الدواب لأنه مأذون له من جهة السلطان، وكذلك الفلاة وطريق مكة إذا وقف في غير **المحجة** لأنه لا يضر بالناس فلا يحتاج فيه إلى الإذن، أما المحجة فهي كالطريق.

قال رحمه الله: (وإن أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غباراً أو

وهي مجبورة على هذا الفعل من جهته فصارت جنايتها بمنزلة جنايته غير أنه خاطئ فوجبت الدية، على عاقلته والكفارة، لأنه قاتل حقيقة، ولا يضمن ما أتلفت برجلها وهي تسير لأنه غير مستعمل لها في النفحة فلا يصير بها قاتلاً حقيقة، وإن كان سبباً لذلك على معنى أنه لولا تسييره في ذلك الموضع لما حدث هذا الأمر ولكنه ليس بمتعدٍ في التسيير في سوق المسلمين، والسبب المحض إنما يلحق بالمباشرة بوصف التعدي وقد عدم فلا يؤخذ به اهـ إتقاني. **قوله**: (**وفي المباشرة لا يشترط**) أي التعدي اهـ **قوله**: (**المحجة**) المحجة معظم

حجراً صغيراً ففقأ عيناً لم يضمن ولو كبيراً ضمن) لأن التحرز عن الحجارة الصغار والغبار متعذر لأن سير الدابة لا يخلو عنه **وعن الكبار من الحجارة ممكن**، وإنما يكون ذلك عادة من قلة هداية الراكب فيضمن.

قال رحمه اللّه: (فإن راثت أو بالت في طريق لم يضمن من عطب به، وإن أوقفها لذلك، وإن أوقفها لغيره ضمن) لأن سير الدابة لا يخلو عن روث وبول فلا يمكنه التحرز عنه فلا يضمن ما تلف به فيما إذا راثت أو بالت وهي تسير، وكذا إذا أوقفها لذلك لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك إلا واقفاً، هو المراد بقوله: وإن أوقفها لذلك، **وإن أوقفها لغيره فبالت** أو راثت فعطب به إنسان ضمن لأنه متعدّ في الإيقاف إذ ليس هو من ضرورات السير وهو أكثر ضرراً أيضاً من السير لكونه أدوم فلا يلحق به، وهو المراد بقوله: وإن أوقفها لغيره ضمن.

قال رحمه اللّه: (وما ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد) أي كل شيء يضمنه الراكب يضمنانه لأنهما مسببان كالراكب في غير الإيطاء فيجب فيهما الضمان بالتعدّي فيه كالراكب، وقوله: وما ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد يطرد وينعكس في الصحيح، وذكر القدوري أن السائق يضمن النفحة بالرجل لأنها بمرأى عينه، فيمكنه الاحتراز عنها مع السير وغائبة عن بصر الراكب والقائد فلا يمكنهما التحرّز عنها، **وعليه بعض مشايخ العراق** وجه الأوّل وعليه أكثر المشايخ أن السائق ليس له على رجلها شيء يمنعها به عن النفحة فلا يمكنه التحرّز عنها بخلاف الكدم والصدم، وقال الشافعي رحمه اللّه: يضمنون كلهم النفحة والحجة عليه ما ذكرنا وقوله عليه الصلاة والسلام: «الرجل جبار»[1]، **ومعناه النفحة بالرجل**.

قال رحمه اللّه: (وعلى الراكب الكفارة لا عليهما) أي لا على السائق والقائد ومراده في الإيطاء لأن الراكب مباشر فيه لأن التلف بثقله رثقل الدابة تبع له فإن سير

الطريق ووسطه اهـ **قوله: (وعن الكار من الحجارة ممكن)** فالظاهر أنه إنما وقع هذا من قبل عنفه في أمر السوق فيوصف بالتعدي فيؤخذ به اهـ إتقاني. **قوله: (إن أوقفها لغيره فبالت إلخ)** قال الإتقاني: فأما وقوف الدابة لأمر آخر فليس مما وضع له الطريق فكان تعدياً فلم يجعل ما اتصل به عفواً من التلف، وإن تعذر الاحتراز عنه كمن جرح رجلاً ضمن سرايته، وإن تعذر الاحتراز عنه اهـ **قوله : (وعليه بعض مشايخ العراق)** ولكن ظاهر الرواية بخلاف ذلك. **قوله: (ومعناه النفحة بالرجل)** بيانه أن المراد منه إما أن يكون الوطء بالرجل أو النفحة، والأوّل ليس بمراد بالإجماع لأنه ليس بجبار فتعين الثاني وإلا يلزم الإلغاء اهـ غاية.

---

(١) أخرجه أبو داود في الديات (٤٥٩٢).

الدابة مضاف إليه وهي آلة له وهما مسببان لأنه لا يتصل منهما شيء بالمحل، **وكذلك الراكب** في غير الإيطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب، وكذا يتعلق بالإيطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لأنه يختص بالمباشرة، ولو كان سائق وراكب قيل: لا يضمن السائق ما وطئت الدابة لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب، والإضافة إلى المباشر أولى وقيل: الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان، **ألا ترى أن محمداً** رحمه الله تعالى ذكر في الأصل أن الراكب إذا أمر إنساناً فنخس المأمور الدابة ووطئت إنساناً كان الضمان عليهما فاشتركا في الضمان / [٢٥٥ أ/٣] فالناخس سائق، والآمر راكب فتبين بهذا أنهما يستويان **والصحيح الأوّل** لما ذكرنا، والجواب عما ذكر في الأصل أن المسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان السبب شيئاً لا يعمل بانفراده في الإتلاف، كما في الحفر مع الإلقاء فإن الحفر لا يعمل شيئاً بدون الإلقاء، وأما إذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان وهذا منه فإن السوق متلف، وإن لم يكن على الدابة راكب بخلاف الحفر فإنه ليس بمتلف بلا إلقاء وعند الإلقاء وجد التلف بهما فأضيف إلى آخرهما **كمسألة القفة** إذ كل واحد منهما لا يعمل بانفراده، وفيما نحن فيه يعمل فيشتركان.

قال رحمه الله: (ولو اصطدم فارسان أو ماشيان فماتا ضمن عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) وقال زفروالشافعي رحمهما الله: يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر روي ذلك عن علي رضي الله عنه، ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه فيعتبر نصفه، ويهدر النصف **كما إذا كان الاصطدام عمداً** أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه أو حفرا على قارعة الطريق بئراً فانهار عليهما **أو وقعا فيه**

قوله: (**وكذلك الراكب**) أي لا كفارة على الراكب في غير الإيطاء اهـ غاية. **قوله**: (**ألا ترى أن محمداً إلخ**) قال الإمام الإسبيجابي: فإن كان سائق وراكب أو سائق وقائد أو راكب وقائد فالضمان عليهما غير أن الكفارة على الراكب وحده اهـ إتقاني. **قوله**: (**والصحيح الأوّل**) ينبغي أن يقال: وهو الصحيح والجواب عن الأوّل اهـ من خط قارئ الهداية. **قوله**: (**كمسألة القفة**) قال في النهاية: كما قالوا: في سفينة مملوءة بالطعام إذا جاء رجل وطرح فيها مناً زائداً فغرقت السفينة كان الضمان على الذي وضع المن الزائد اهـ **قوله**: (**كما إذا كان الاصطدام عمداً**) أي فإنه يجب على عاقلة كل منهما نصف دية الآخر باتفاق بيننا وبين الشافعي وزفر اهـ قال في المنظومة: في مقالة الشافعي وقال: في المصطدمين هلكا نصف الضمان ساقط إذ شرّكا قال في المصفى: وهذا إذا كانا حرين، وكان الاصطدام خطأ، أما في العمد فقولنا: كقوله اهـ أقول وبالله التوفيق: عبارة العيني وملا مسكين في شرحيهما تفيد وجوب الدية عندنا في العمد والخطأ في الحرين، وليس بصواب لما علمت ولعل الذي

يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا، ولنا أن موت كل واحد منهما مضاف إلى فعل صاحبه لأن فعله في نفسه مباح، وهو المشي في الطريق فلا يعتبر في حق الضمان بالنسبة إلى نفسه لأنه مباح مطلقاً في حق نفسه، ولو اعتبر ذلك لوجب نصف الدية فيما إذا وقع في بئر في قارعة الطريق لأنه لولا مشيه وثقله في نفسه لما هوى في البئر، وفعل صاحبه وإن كان مباحاً لكنه مقيد بشرط السلامة في حق غيره فيكون سبباً للضمان عند وجود التلف به، وروي عن علي رضي اللّه عنه أنه أوجب كل الدية على عاقلة كل واحد منهما فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا، أو يحمل ما روي عنه أنه أوجب النصف على أنهما تعمدا ذلك فإنه في العمد **يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية** على ما نبينه، ويحمل ما روي عنه أنه أوجب كل الدية على الخطأ توفيقاً بينهما، وما استشهدا به من الاصطدام عمداً وجرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه وحفر البئر في الطريق فعل كل واحد منهما محظور مطلقاً فيعتبر في حق نفسه أيضاً فيكون قاتلاً لنفسه، **وهذا الحكم الذي ذكرناه** في العمد والخطأ في الحرين، **ولو كانا عبدين** يهدر الدم فيهما لأن الجناية تعلقت برقبته دفعاً وفداء وقد فاتت لا إلى خلف من غير فعل يصير المولى به مختاراً للفداء، ولو كان أحدهما حرّاً والآخر عبداً يجب على عاقلة الحر قيمة العبد كلها في الخطأ، ونصف قيمته في العمد **ويأخذها ورثة الحر** المقتول ويبطل حقهم من الدية فيما زاد على القيمة أو

أوقع العيني رحمه اللّه في ذلك هو قول الزيلعي بعد ذلك وهذا الحكم الذي ذكرناه في العمد والخطأ في الحرين، ولم يتفطن لقوله هنا في دليل زفر والشافعي، كما إذا كان الإصطدام عمداً فإن هذا من ردّ المختلف إلى المتفق فيقتضي أن الخلاف في الخطأ وأن العمد متفق عليه، وقول الشارح في آخر دليلنا وما استشهدا به من الاصطدام عمداً إلخ يفصح عن أن الاصطدام العمد متفق عليه فساغ للشارح بعد ذلك أن يقول: وهذ الذي ذكرناه في العمد والخطأ في الحرين فتنبه لذلك واللّه الموفق اهـ **قوله**: **(أو وقعا فيه)** عبارة الشارح بالواو اهـ **قوله**: **(يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية)** إلا أن العمد هاهنا بمنزلة الخطأ لأنه شبه العمد إذ هو تعمد الاصطدام ولم يقصد القتل، ولذا وجب على العاقلة اهـ **قوله**: **(وهذا الحكم الذي ذكرناه إلخ)** يعني إذا كان المصطدمان حرين وقد تعمدا ذلك يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر بالاتفاق، وإذا وقع ذلك خطأ تجب الدية الكاملة على عاقلة كل واحد منهما عندنا خلافاً لزفر والشافعي اهـ إتقاني. **قوله**: **(ولو كانا عبدين إلخ)** يعني إذا اصطدم العبدان خطأً فماتا هدر الدم لأن الجناية تتعلق برقبة العبد الجاني، ولهذا يدفع فيها إلا أن يفديه المولى فلما مات فات محل الجناية بلا خلف، ولا يضمن المولى شيئاً لأن موت العبد لم يكن من فعله، وكذا الحكم إذا كان

نصفها لأن الواجب كان على رقبة العبد فيبطل بموته إلا قدر ما أخلف وهو القيمة أو نصفها فيأخذها ورثة الحر المقتول، ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف، **وهذا عند أبي حنيفة ومحمد** رحمهما الله لأن قيمة العبد المقتول تجب على العاقلة على أصلهما لأنه ضمان الآدمي، وإذا تجاذب رجلان حبلاً فانقطع الحبل فسقطا وماتا ينظر فإن وقعا على القفا لا تجب لهما دية لأن كل واحد منهما مات بقوّة نفسه، وإن وقعا على الوجه وجب دية كل واحد منهما على عاقلة الآخر لأن كل واحد منهما مات بقوّة صاحبه، وإن وقع أحدهما على القفا والآخر على الوجه فالذي وقع على القفا لا دية له، والذي وقع على الوجه فديته على عاقلة الآخر، وإن قطع إنسان الحبل بينهما **فوقع كل واحد منهم على القفا** فماتا **فديتهما على عاقلة القاطع**.

قال رحمه الله: (ولو ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن) وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه لأنه متعدّ في هذا التسبيب لأن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد أو الإحكام في الشد فصار كأنه ألقاه على الطريق بيده بخلاف الرداء، لأنه لا يقصد حفظه عادة/ فلا يقيد بشرط السلامة ولأن اللباس تبع للابس، وهو لو وقع في الطريق وعثر به إنسان لايلزمه الضمان فكذا إذا عثر بلباسه. [٢٥٥ب/٣]

قال رحمه الله: (وإن قاد قطاراً فوطئ بعير إنساناً **ضمن عاقلة القائد الدية**) لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه التحرّز عنه فصار متعدّياً بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدّي سبب للضمان غير أن ضمان النفس على العاقلة وضمان المال عليه في ماله.

الاصطدام عمداً منهما جميعاً لأنه شبه العمد فكان كالخطأ فهدر الدم، حيث لم يخلف العبد شيئاً لأن العبد لا مال له يقال: هدر دمه أي بطل اهـ إتقاني. **قوله**: (**ويأخذها ورثة الحر**) لأنه في الخطأ مات بفعل صاحبه، وفي العمد مات بفعل نفسه وفعل صاحبه فسقط النصف اهـ **قوله**: (**وهذا عند أبي حنيفة ومحمد**) وعند أبي يوسف على القاتل لأنه ضمان مال اهـ **قوله**: (**فوقع كل واحد منهما على القفا**) في الاختيار لم يقيد بالقفا فانظره اهـ **قوله**: (**فديتهما على عاقلة القاطع**) أي وضمن الحبل فقيل لمحمد: إن وقعا على وجههما إذا قطع الحبل قال محمد: لا يكون هذا من قطع الحبل اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: (**ضمن عاقلة القائد الدية**) وذلك لأن القطار بيده يسير بسوقه ويقف بإيقافه فكان عليه صيانته فما حدث من ذلك يكون مضموناً عليه فيضاف إليه ما حدث من القطار لتسببه فيصير في الحكم كأنه قتله خطأ فتجب على عاقلته ديته، وأورد الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير سؤالاًوجواباً فقال: فإن قيل: لو أن إنساناً قاد أعمى فأوطأ الأعمى إنساناً فقتله هل يجب على القائد الضمان، قيل له: ينبغي أن يجب لأن الأعمى بنفسه من أهل وجوب الضمان ففعله ينسب إليه خاصة، وأما فعل العجماء جبار لا عبرة له في حكم نفسه ففعلها ينسب

قال رحمه الله: (فإن كان معه سائق فعليهما) أي إذا كان مع القائد سائق يجب على عاقلتهما الضمان لاستوائهما في التسبيب لأن قائد الواحد قائد للكل، وكذ سائقه لاتصال الأزمَّة **هذا إذا كان السائق في جانب من الإبل**، أما إذا توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن هو وحده ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما هو قدامه لأن القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما هو قدامه، ولو كان رجل راكباً على بعير وسط القطار ولا يسوق منها شيئاً لم يضمن ما أصابت الإبل التي بين يديه لأنه ليس بسائق لها، وكذا ما أصابت الإبل التي خلفه لأنه ليس بقائد لها إلا إذا كان آخذاً بزمام ما خلفه أما البعير الذي هو راكبه فهو ضامن لما أصابه فيجب عليه وعلى القائد غير ما أصابه بالإيطاء فإن ذلك ضمانه على الراكب وحده، لأنه جعل فيه مباشراً حتى تجري عليه أحكام المباشر على ما بيناه.

قال رحمه الله: (وإن ربط بعيراً على قطار رجع عاقلة القائد بدية ما أتلف على عاقلة الرابط) أي إذا ربط رجل بعيراً على قطار والقائد لذلك القطار لا يعلم فوطئ البعير المربوط إنساناً فقتله فعلى عاقلة القائد ديته لأنه يمكنه أن يصون قطاره عن ربط غيره به، فإذا ترك الصيانة صار متعدّياً بالتقصير وهو تسبيب وفيه الدية على العاقلة كما في قتل الخطأ، ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لأنه هو الذي أوقعهم فيه، وإنما لا يجب لضمان على القائد والرابط ابتداء مع أن كل واحد منهما مسبب لأن القود بمنزلة المباشرة بالنسبة إلى الربط لاتصال التلف به دون الربط فيجب عليه الضمان وحده ثم يرجع به عليه، قالوا: هذا إذا ربط والقطار يسير لأن الرابط آمر بالقود دلالة، وإذا لم يعلم لا يمكنه التحفظ عنه ولكن جهله لا ينفي وجوب الضمان عليه لتحقق الإتلاف منه، وإنما ينفي الإثم فيكون قرار الضمان على الرابط، **وأما إذا ربط والإبل واقفة** ضمنها عاقلة القائد ولا يرجعون بها على عاقلة الرابط لأنه قاد بعير غيره بغير إذنه لا صريحاً ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه على أحد، غاية الأمر أن يقال: إنه متعدّ بالربط والإيقاف على الطريق لكن زال ذلك بالقود فصار كما لو وضع حجراً وحوّله غيره، وكذا إذا علم القائد بالربط لا يرجعون على عاقلة الرابط بما لحقهم من الضمان لأن القائد رضي بذلك والتلف قد اتصل بفعله فلا يرجع به، وهو القياس فيما

إلى القائد اهـ إتقاني. **قوله: (هذا إذا كان السائق في جانب من الإبل)** أي وجوب الضمان على السائق والقائد جميعاً فيما إذا كان السائق يسوق الإبل غير آخذ بزمام البعير، أما إذا أخذ الزمام فيكون الضمان عليه في الذي هلك خلفه لا على القائد المقدم، لأنه لما انقطع الزمام عن القطار لم يكن القائد المقدم قائداً لما خلف السائق اهـ إتقاني. **قوله: (وأما إذا ربط والإبل واقفة)** أي ثم قاد صاحب القطار وهو عالم بالربط أو لا اهـ إتقاني. **قوله في المتن:**

إذا لم يعلم لأن الجهل لا ينافي في التسبيب ولا الضمان إلا أنا استحسنا في الرجوع لما ذكرنا.

قال رحمه الله: (**ومن أرسل بهيمة** وكان لها سائقاً فأصابت في فورها ضمن) لأنه الحامل لها فأضيف فعلها إليه كما يضاف فعل المكره إلى المكره فيما يصلح آلة له، والمراد بالسوق أن يمشي خلفها معها، وإن لم يمش خلفها فما دامت في فورها فهو سائق لها في الحكم فيلحق بالسوق، وإن تراخى انقطع السوق، وذكر في النهاية أن المراد بالبهيمة الكلب.

قال رحمه الله: (وإن أرسل طيراً أو كلباً ولم يك سائقاً له أو انفلتت دابة فأصابت مالاً أو آدمياً نهاراً أو ليلاً لا) أي لا يضمن في هذه الصور كلها، أما الطير فلأن بدنه لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه سواء فلا يضمن مطلقاً بخلاف البهيمة فإن بدنها يحتمل السوق فيعتبر/ فيها السوق، ومن ثم قالوا: لو أرسل بازياً في الحرم [٢٥٦/أ ٣] فقتل لا يضمن المرسل، وأما الكلب فلأنه وإن كان يحتمل السوق لكنه لم يوجد منه السوق حقيقة بأن يمشي خلفه، ولا حكماً بأن يصيب على فور الإرسال والتعدّي يكون بالسوق فلا يضمن، وهذا لأن الأصل أن الفعل الاختياري يضاف إلى فاعله ولا تجوز إضافته إلى غيره إلا أنا تركنا ذلك في فعل البهيمة إذا وجد منه السوق فأضفناه إليه استحساناً صيانة للأنفس والأموال، وإذا لم يوجد منه السوق بقي على الأصل ولا تجوز إضافته إليه لعدم الفعل منه مباشرة وتسبيباً بخلاف ما إذا أرسل الكلب إلى صيد حيث يؤكل ما أصابه، وإن لم يكن سائقاً له حقيقة ولا حكماً لأن الحاجة مست إلى الاصطياد به فأضيف إلى المرسل ما دام الكلب في تلك الجهة، ولم يفتر عنها إذ لا طريق إلى الاصطياد سواه وهذا لأن الاصطياد به مشروع ولو شرط السوق لانسدّ بابه وهو مفتوح فأضيف إليه، وإن غاب عن بصره مع الصيد ولا حاجة إليه في حق ضمان العدوان فبقي على الأصل فكان مضافاً إلى الكلب لأنه مختار في فعله ولا يصلح نائباً عن المرسل فلا يضاف فعله إلى غيره، وذكر في المبسوط إذا أرسل دابة في طريق المسلمين فما أصابت في فورها فالمرسل ضامن **لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها**، ولو انعطف يمنة أو يسرة انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن

(ومن أرسل بهيمة إلخ) صورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يرسل البهيمة ويكون سائقاً لها فتصيب في فورها قال: هو ضامن وقال: عن أبي حنيفة أيضاً في رجل أرسل طائراً فأصاب في فوره ذلك قال: لا ضمان عليه، وكذا الذي يرسل كلبه ولم يكن سائقاً له فأصاب في فوره لم يكن عليه ضمان إلى هنا لفظ الجامع الصغير، قال الصدر الشهيد: وغيره أراد بالبهيمة الكلب وأراد بكونه سائقاً أن يكون خلفه

له طريق آخر سواه، وكذا إذا وقفت ثم سارت أي ينقطع حكم الإرسال بالوقفة أيضاً، كما ينقطع بالعطفة بخلاف ما إذا وقف الكلب بعد الإرسال في الاصطياد ثم سار فأخذ الصيد لأن تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل، لأنه لتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل لأن مقصوده السير فينقطع به حكم الإرسال، وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب نفساً أو مالاً في فوره حيث لا يضمن من أرسله، وفي إرسال البهيمة في الطريق يضمن لأن شغل الطريق تعدّ فيضمن ما تولد منه، وأما الإرسال للاصطياد فمباح **ولا تسبيب بوصف التعدّي** كذا ذكره في الهداية، وذكر قاضيخان رحمه اللّه أن رجلاً لو أرسل بهيمة وكان سائقاً لها ضمن ما أصابت في فورها، وكذا لو أرسل كلبه وكان سائقاً له يضمن ما أتلف، ولو لم يكن سائقاً له لا يضمن، وكذا لو أشلى كلبه على رجل فعقره أو مزق ثيابه لا يضمن إلا أن يسوقه وقيل: إذا أرسل كلبه وهو لا يمشي خلفه فعقر إنساناً أو أتلف غيره إن لم يكن معلماً لا يضمن لأن غير المعلم يذهب بطبع نفسه، وإن كان معلماً ضمن إن مرّ على الوجه الذي أرسله لأنه ذهب بإرسال صاحبه، أما إذا أخذ يمنة أو يسرة فلا يضمن لأنه لما مال عن سنن الإرسال انقطع حكم الإسال، وأكثر المشايخ قالوا: هذا في البهيمة، وأما في الكلب فلا يضمن، وإن ذهب على سنن الإرسال إلا إذا كان خلفه لأنه يتمكن من إثبات اليد عليها دون الكلب عادة، ولو كان لرجل كلب عقور يؤذي من مر به فلأهل البلد أن يقتلوه، وإن تلف يجب على صاحبه الضمان إن كان تقدم إليه قبل الإتلاف وإلا فلا شيء عليه كالحائط المائل، ولو أن رجلاً طرح رجلاً قدّام سبع فقتله السبع فليس على الطارح شيء إلا التعزير والحبس حتى يتوب، وأما انفلات البهيمة فلقوله صلى اللّه عليه وسلم: «العجماء جبار»[١]، أي فعل العجماء هدر قال محمد رحمه اللّه: هي المنفلتة وهذا صحيح ظاهر لأن المركوبة والمسوقة والمقودة في الطريق، أو في ملك الغير أو المرسلة في الطريق فعلها معتبر على ما بينا، ولأن الفعل مقتصر عليها غير مضاف إلى صاحبها لعدم ما يوجب النسبة إليه من الركوب وأخواته.

[٢٥٦ ب/٣] قال رحمه اللّه: **(وفي فقء عين شاة القصاب ضمن النقصان)** لأن المقصود/ من الشاة اللحم فلا يعتبر فيها إلا النقصان.

اهـ غاية. **قوله: (لأن سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها)** قال الصدر الشهيد: وعليه الفتوى وبه قال الشافعي وأحمد، وعند مالك فعل العجماء جبار بأي وجه كان وقد مر اهـ معراج. **قوله: (ولا تسبيب بوصف التعدي)** أي في هذه الصورة اهـ **قوله في المتن: (وفي فقء**

---

(١) تقدم تخريجه.

قال رحمه الله: (وفي عين بدنة الجزار والحمار والفرس ربع القيمة) وقال الشافعي رحمه الله: فيها النقصان أيضاً اعتباراً بالشاة، ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة، **وهكذا قضى عمر رضي الله عنه أيضاً**، ولأن فيها مقاصد سوى اللحم كالركوب والزينة والحمل والعمل فمن هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك لغيره كالأكل ومن هذا الوجه تشبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشبه الآدمي في إيجاب الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف، ولأنه إنما يمكن إقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل لها فصارت كأنها ذات أعين أربع فيجب الربع بفوات أحدها، وإن فقأ عينيها فصاحبها بالخيار إن شاء تركها على الفاقئ وضمنه القيمة كاملة، وإن شاء أمسكها وضمنه النقصان لأن المعمول به النص وهو ورد في عين واحدة فيقتصر عليه والله أعلم.

باب جناية المملوك والجناية عليه

اختلفوا في موجب جناية العبد قيل: موجبها الأرش لأن النصوص مطلقة من غير فصل إلا أن للمولى أن يتخلص بالدفع تخفيفاً عليه، وقيل: **الدفع** وللمولى أن

عين شاة القصاب ضمن النقصان) قال في الجامع الصغير لفخر الإسلام البزدوي: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله في شاة القصاب وبقرة الجزار وجزور الجزار يفقأ عين واحدة منهنّ قال في الشاة: ما نقصها، وفي البقرة ربع قيمتها، وفي البعير ربع قيمته، وإنما وضع المسألة على هذا الوجه ليبين أن الكل، وإن كنّ للحم فإن الجواب مع ذلك مختلف والفرس والحمار والبغل مثل البقر والبعير وقد روي هذا الجواب والفتوى عن رسول الله ﷺ رواه خارجة بن زيد بن ثابت رضي الله عنه عن أبيه أنه رفعه وروي عن عمر أيضاً أنه قضى بذلك، والفرق أن الشاة لا تعمل بل ينتفع بها كما ينتفع بالأمة فيضمن النقصان من غير تقدير، فأما ما ذكرناه من البهائم فإنها عاملة كبني آدم لكنها لا تعمل إلا بغيرها فأشبه الإنسان من وجه والشاة من وجه فوجب تنصيف التقدير الواجب في الإنسان عملاً بالشبهين، ولأنها على هذا الوجه لا تعمل إلا بأربعة أعين عيناها وعينا من يستعملها فصار لعينها حكم الربع والمعتمد هو الأوّل اهـ **قوله: (وهكذا قضى عمر أيضاً)** فتركنا القياس بهذه الآثار في الجزور وأخذنا بالقياس في الشاة اهـ غاية.

باب جناية المملوك والجناية عليه

ما فرغ من جناية المالك وهو الحر شرع في جناية المملوك وأخر ذكرها لانحطاط رتبة المملوك اهـ إتقاني. **قوله: (وقيل: الدفع)** هذا هو الصحيح نص عليه في الهداية

يتخلص بالفداء ولهذ يبرأ المولى بهلاكه، ولو كان الواجب الأصلي غيره لما برئ بهلاكه قبل الاختيار لأنه يفوت به الدفع لا الفداء.

قال رحمه الله: (جنايات المملوك لا توجب إلا دفعاً واحداً لو محلاً له وإلا فقيمة واحدة) أي جناية العبد لا توجب إلا دفع رقبته إذا كان محلاً للدفع بأن كان قناً وهو الذي لم ينعقد له شيء من أسباب الحرية، كالتدبير وأمومية الولد والكتابة سواء كانت الجناية واحدة أو أكثر لا توجب إلا دفع رقبته إذا كانت الجناية في النفس موجبة للمال، وإلا فقيمة واحدة أي إن لم يكن محلاً للدفع بأن انعقد له شيء مما ذكرنا توجب جنايته قيمة واحدة ولا يزاد عليها، وإن تكررت الجناية، وفي القن إذا جنى بعد الفداء يخير المولى بين الدفع والفداء كالجناية الأولى، وكذا كلما جنى بعد الفداء يؤمر بالدفع أو الفداء بخلاف المدبر وأختيه فإنه لا يوجب إلا قيمة واحدة على ما بيناه في أثناء المسائل إن شاء الله تعالى.

قال رحمه الله: (جنى عبده خطأ دفعه بالجناية فيملكه أو فداه بأرشها) أي إذا جنى العبد خطأ فمولاه بالخيار إن شاء دفعه إلى ولي الجناية فإذا دفعه ملكه ولي الجناية، وإن شاء فداه بأرشها، وقوله: خطأ يحترز به من العمد وهذا التقييد إنما يفيد إذا كانت الجناية على النفس لأنها إن كانت عمداً توجب القصاص، وأما إذا كانت على الأطراف لا يفيد التقييد به إذ لا يجري القصاص فيها بين العبيد ولا بين الأحرار والعبيد، وقال الشافعي رحمه الله: جناية العبد تتعلق برقبته يباع فيها إلا أن يقضي المولى الأرش، **وثمرة الخلاف تظهر في اتباع الجاني** عنده وعندنا لا يتبع لا في حالة الرق ولا بعد الحرية، والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي الله عنهم فعن ابن عباس مثل مذهبنا، وعن عمر وعلي رضي الله عنهما مثل مذهبه له أن الأصل في موجب الجناية أن يجب على الجاني لأنه المتعدّي، قال الله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة:١٩٤]، إلا أن العاقلة تتحمل عنه، ولا عاقلة للعبد فيجب في ذمته كما في الذمي ويتعلق برقبته ويباع فيه كما في الجناية على المال، ولنا أن المستحق بالجناية على النفوس نفس الجاني إذا أمكن إلا أن استحقاق النفس قد يكون بطريق الإتلاف عقوبة، وقد يكون بطريق التملك جبراً والحرّ من أهل أن يستحق نفسه عقوبة لا بطريق التملك والعبد من أهل أن يستحق نفسه بالطريقين فتصير نفسه مستحقة للمجني عليه صيانة عن الهدر إلا أن يختار المولى الفداء فيكون له ذلك لأنه ليس فيه إبطال حق المجني عليه، بل مقصود المجني عليه يحصل بذلك بخلاف إتلاف المال فإنه لا يستحق به نفس الجاني أبداً، ولأن الأصل

والشارح رحمه الله في الصفحة الآتية والله أعلم. **قوله: (وثمرة الخلاف تظهر في اتباع**

في موجب / الجناية خطأ أن يتباعد عن الجاني لكونه معذوراً ولكونه الخطأ مرفوعاً [٢٥٧/أ/٣] شرعاً، ويتعلق بأقرب الناس إليه تخفيفاً عن المخطئ وتوقياً عن الإجحاف به إلا أن عاقلة العبد مولاه لأن العبد يستنصر به، وباعتبار النصرة تتحمل العاقلة حتى تجب الدية على أهل الديوان فيجب ضمان جنايته على المولى بخلاف الذمي لأنهم لا يتناصرون فيما بينهم فلا عاقلة لهم فتجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر، وبخلاف الجناية على المال لأن العاقلة لا تعقل المال إلا أن المولى يخير بين الدفع والفداء لأنه واحد، وفي إثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كي لا يستأصل فيخير لأن التخيير مفيد، والواجب الأصلي هو الدفع في الصحيح، ولهذا يسقط الواجب بموت العبد الجاني قبل الاختيار لفوات محل الواجب، وإن كان له حق النقل إلى الفداء كما في مال الزكاة عند أبي يوسف ومحمد رحمهما اللّه تعالى، **فإن الواجب** جزء من النصاب **وله النقل إلى القيمة**، فكذا هذا بخلاف الجاني الحر حيث لا يبطل الموجب بموته لأنه لا يتعلق به الواجب استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر، وإذا اختار الدفع يلزمه حالاً لأنه عين ولا يجوز التأجيل في الأعيان، **وكذا إذا اختار** الفداء يجب عليه حالاً لأنه بدل العين وهو العبد وإن كان مقدّراً بغيره وهو المتلف ولهذا سمي فداء، وأيهما اختار المولى وفعله فلا شيء لولي الجناية غيره، أما الدفع فلأن حقه متعلق به فإذا خلى بينه وبين الرقبة سقط حق المطالبة عنه، وأما الفداء فلأنه لا حق له إلا الأرش فإذا أوفاه حقه سلم العبد له، وكذا إذا اختار أحدهما ولم يفعل أو فعل ولم يختره قولاً سقط حق الولي في الآخر، لأن المقصود تعيين المحل حتى يتمكن من الاستيفاء والتعيين يحصل بالقول كما يحصل بالفعل بخلاف كفارة اليمين حيث لا تتعين إلا بالفعل، لأن المقصود في حقوق اللّه تعالى الفعل والمحل تابع ضرورة وجوده، ولا فرق بين أن يكون المولى قادراً على الأرش أو لم يكن قادراً عند أبي حنيفة رحمه اللّه لأنه اختار أصل حقهم فبطل حقهم في العبد لأن ولاية التعيين للمولى لا للأولياء، وقالا: لا يصح اختياره الفداء إذا كان مفلساً إلا برضا الأولياء لأن العبد صار حقاً للأولياء حتى يضمنه المولى بالإتلاف فلا يملك إبطال حقهم إلا برضاهم، أو بوصول البدل إليهم وهو الدية، وإن لم يختر شيئاً حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه بخلاف ما إذا مات بعد اختياره الفداء حيث لم يبرأ المولى لتحوّل الحق من رقبة العبد إلى ذمته، ولو فداه المولى ثم عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الأولى لأنه لما طهر عن الجناية الأولى بالفداء جعل كأنه لم يجن من قبل

الجاني) أي بعد العتق اهـ هداية. **قوله: (فإن الواجب)** أي الأصلي اهـ **قوله: (وله)** أي المالك اهـ **قوله: (إلى القيمة)** والأداء من مال الآخر اهـ **قوله: (وكذا إذا اختار)** أي المولى اهـ

وهذه ابتداء جناية، ولو جنى قبل أن يختار في الأولى شيئاً أو جنى جنايتين دفعة واحدة أو جنايات قيل لمولاه: إما أن تدفعه بالكل أو تفديه بأرش كل واحدة من الجنايات لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة، ألا ترى أن ملك المولى لا يمنع تعلق الجناية فحق المجني عليه أولى أن لا يمنع بخلاف الرهن حيث **لا يتعلق به حق غيره** من الغرماء، والفرق أن الرهن إيفاء واستيفاء حكماً فصار كالاستيفاء حقيقة، وأما الجناية فليس فيها إلا تعلق الحق لولي الأولى، وذلك لا يمنع تعلق حق آخر به ثم إذا دفعه إليهم اقتسموه على قدر حقوقهم وحق كل واحد منهم أرش جنايته وللمولى أن يفدي من بعضهم ويأخذ نصيبه من العبد ويدفع الباقي إلى غيره لأن الحقوق صارت مختلفة باختلاف أسبابها وهي الجنايات المختلفة، بخلاف ما إذا كان المقتول واحداً وله وليان أو أولياء حيث لم يكن له أن يفدي من البعض، ويدفع الباقي إلى البعض لأن الحق فيه متحد لاتحاد سببه وهو الجناية المتحدة، وكذا المستحق واحد لأن الحق يجب للمقتول/ ثم للوارث خلافة فلا يملك التفريق في موجبها. [٢٥٧ ب/٣]

قال رحمه اللّه: (وإن أعتقه غير عالم بالجناية ضمن الأقل من قيمته ومن الأرش، ولو عالماً بها لزمه الأرش كبيعه وتعليق عتقه بقتل فلان ورميه وشجه إن فعل ذلك) معناه إذا جنى عبد فأعتقه مولاه قبل العلم بالجناية ضمن الأقل من قيمة العبد ومن أرش الجناية، والأصل فيه أنه متى أحدث فيه تصرفاً يعجزه عن الدفع عالماً بالجناية يصير مختاراً للفداء وإلا فلا، فإذا علم ذلك جئنا إلى ما ذكر في الكتاب، قوله: وإن أعتقه غير عالم بالجناية ضمن إلخ، وإنما كان كذلك لأنه في الأول فوّت حقه في أقلهما فيضمنه، ولا يصير مختاراً للفداء بهذا العتق لأن الاختيار بدون العلم لا يتحقق، وفي الثاني صار مختاراً للفداء لأن الإعتاق يمنعه من الدفع فالإقدام عليه اختيار منه للفداء، وعلى هذا إذا باعه وهو لا يعلم بالجناية يلزمه الأقل منهما، وإن باعه وهو يعلم بالجناية صار مختاراً للفداء لما قلنا، وهو المراد بقوله: كبيعه يعني كما لو باعه عالماً بالجناية وعلى هذين الوجهين الهبة والتدبير والاستيلاد لأن كل واحد منها يمنع من الدفع لزوال الملك والتمليك به بخلاف الإقرار لغيره بالعبد الجاني على رواية الأصل لأنه لا يسقط به حق ولي الجناية، فإن المقر له مخاطب بالدفع إليه وليس فيه نقل الملك لأن الإقرار ليس بتمليك من جهة المقر، وإنما هو إظهار الحق فيحتمل أن يكون صادقاً بذلك، فإذا لم يصر مختاراً لا يلزمه الفداء وتندفع الخصومة عنه إن أقام بينة أنه للمقر له، وإن لم يقم لم تندفع فيقال له: إما أن

قوله: (لا يتعلق به حق غيره) أي غير المرتهن اهـ

تفديه أو تدفعه فإن فداه صار متطوّعاً بالفداء حتى لا يرجع به على المقر له إذا حضر وصدّقه أنه له، وإن دفعه كان المقر له بالخيار إذا حضر إن شاء أجاز دفعه، وإن شاء فداه، وألحقه الكرخي رحمه الله بالتمليك كالبيع والهبة لأنه ملك المقر ظاهراً فيستحقه المقر له بالإقرار فأشبه البيع، ولا فرق في هذا المعنى بين أن تكون الجناية في النفس أو في الأطراف لأن الكل موجب للدفع فلا يختلف، وكذا لا فرق في البيع بين أن يكون باتاً وبين أن يكون فيه خيار المشتري، لأن الكل يزيل الملك بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ثم نقضه أو العرض على البيع لأن الملك لم يزل به، ولا يقال: المشتري بالخيار إذا باع بشرط الخيار له يصير مختاراً للإجازة به، فوجب هنا أن يكون مختاراً للفداء، لأنا نقول: لو لم يكن المشتري مختاراً للزم منه بيع ملك غيره، وهنا لا يلزم ولأنه يلزم في البيع الغرور، وهنا لا يلزم ولو باعه بيعاً فاسداً لم يصر مختاراً للفداء حتى يسلمه لأن الملك لا يزول إلا به بخلاف الكتابة الفاسدة حيث يكون مختاراً للفداء بها لأن حكم الكتابة تعليق العتق بأداء المال وفك الحجر عن العبد في الحال، وهو ثابت بنفس الكتابة ولا كذلك البيع الفاسد لأن حكمه وهو الملك لا يثبت إلا بالقبض، ولو كانت الكتابة صحيحة ثم عجز كان له أن يدفعه بالجناية إن كان ذلك قبل أن يقضي عليه بالقيمة، وبعدها لا يدفعه لتقرر القيمة بالقضاء، ولو باعه من المجني عليه، كان مختاراً للفداء، بخلاف ما إذا وهبه منه لأن المستحق له أخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع، وإعتاق المجني عليه بأمر المولى بمنزلة إعتاق المولى فيما ذكرناه لأن فعل المأمور فيه ينتقل إلى الآمر ولو ضربه فنقصه، كان مختاراً بعد العلم لأنه حبس جزءاً منه إلا إذا زال النقصان قبل القضاء بالقيمة فكان له أن يدفعه بها لزوال المانع من الدفع قبل تقرر القيمة،وبوطء البكر يكون مختاراً بخلاف وطء الثيب من غير إعلاق والتزويج والاستخدام لأن التزويج تعييب حكمي، إذ لا يعجزه عن التسليم إليه وليس فيه إمساك شيء منه، والاستخدام لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط/ به خيار الشرط وطعن عيسى في [٢٥٨ أ/٣] التزويج فقال: إنه تعييب فوجب أن يكون مختاراً به وجوابه ما ذكرنا، وفي الوطء خلاف زفر وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله، ووجهه أنه دليل الإمساك فصار كوطء من له الخيار، قلنا: لو لم يكن دليل الإمساك في حق من له الخيار لكان واطئاً ملك غيره ولا كذلك في الجناية، لأن له أن يطأها ثم يدفعها بالجناية إذ لا يتبين بالدفع أن الوطء وقع في غير ملكه، ألا ترى أنه لا يستحقه بزوائده ومن الخيار يستحقه بزوائده، ويصير مختاراً بالإجارة والرهن في رواية كتاب العتاق لأنهما لازمان فيكون محدثاً فيه ما يعجزه عن الدفع، والأظهر أنه لا يصير مختاراً بهما للفداء لأنه

لم يعجزه، عن الدفع لأن له أن يفسخ الإجارة والرهن لحق المجني عليه لتعلق حقه بعين العبد سابقاً على حقهما فيفسخان صوناً لحقه عن البطلان بخلاف البيع، لأن حق المجني عليه لا يمنع تصرف المولى بجهة الملك فيثبت للمشتري ملك صحيح، والملك أقوى من الحق فلا يجوز إبطاله به بخلاف الإجارة والرهن لأنهما حقان تعلقا بالعين فيرجح حق المجني عليه بالسبق، وكذا لا يصير مختاراً بالإذن في التجارة، وإن ركبه دين لأن الإذن لا يفوّت الدفع ولا ينقص الرقبة إلا أن لولي الجناية أن يمتنع من قبوله لأن الدين لحقه من جهة المولى بعدما تعلق به حقه فيلزم المولى قيمته، ولو جنى جنايتين فعلم إحداهما دون الأخرى وتصرف فيه تصرفاً يصير به مختاراً للفداء صار مختاراً فيما علم، وفيما لم يعلم يلزمه حصته من قيمة العبد، ولو قال: لعبده إن قتلت فلاناً أو رميته أو شججته فأنت حرّ كان مختاراً للفداء إن فعل العبد ذلك وهو المراد بقوله كبيعه وتعليق عتقه بقتل فلان ورميه وشجه إن فعل ذلك أي كما يصير مختاراً ببيعه بعد العلم بها، وبتعليق عتقه بما ذكر من القتل والرمي والشج يصير مختاراً بالإعتاق بعد العلم بها، وإنما يصير مختاراً بالتعليق عند علمائنا الثلاثة، وقال زفر رحمه اللّه: لا يصير مختاراً بتعليق العتق بما ذكرنا لأن أوان تكلمه به لا جناية من العبد ولا علم للمولى بما سيوجد بعد، وبعد الجناية لم يوجد منه فعل يصير به مختاراً، ألا ترى أنه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث بذلك في يمينه تلك فكذا هذا، ولنا أنه علق الإعتاق بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز عنده فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية، ألا ترى أن من قال لامرأته: إن دخلت الدار فواللّه لا أقربك يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول، وكذا إذا قال لها: إذا مرضت فأنت طالق ثلاثاً فمرض حتى طلقت ومات من ذلك يصير فارّاً لأنه يصير مطلقاً بعد وجود المرض، بخلاف ما أورده لأن غرضه طلاق أو إعتاق يمكنه الامتناع عنه، إذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع عنه، ولأنه حرّضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي إلى القتل، والظاهر أنه يفعله وهذا دلالة الاختيار هذا إذا علقه بجناية توجب المال كالخطأ وشبه العمد، وإن علقه بجناية توجب القصاص بأن قال له: إن ضربته بالسيف فأنت حرّ فلا يجب على المولى شيء بالاتفاق لأنه لا فرق بين العبد والحرّ في القصاص فلم يكن المولى مفوّتاً حق ولي الجناية بالعتق.

قال رحمه اللّه: (عبد قطع يد حرّ عمداً ودفع إليه فحرّره فمات من اليد فالعبد صلح بالجناية فإن لم يحرّره ردّ على سيده ويقاد) لأنه إذا لم يعتقه وسرى ظهر أن

الصلح كان باطلاً لأن الصلح وقع على المال وهو العبد عن دية اليد إذ القصاص لا يجري بين الحرّ والعبد في الأطراف، وبالسراية ظهر أن دية اليد غير واجبة، وأن الواجب هو القود فصار الصلح باطلاً لأن الصلح لا بد له من مصالح عنه، والمصالح/ [٢٥٨ ب/٣] عنه المال ولم يوجد فبطل الصلح والباطل لا يورث شبهة، كما لو وطئ مطلقته ثلاثاً في عدّتها مع العلم بحرمتها عليه فإنه لا يصير شبهة في درء الحدّ، فكذا هذا فوجب القصاص، وأما إذا أعتقه فقد قصد صحة الإعتاق ضرورة لأن العاقل يقصد تصحيح تصرفه ولا صحة له إلا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها ابتداء، ولهذا لو نص عليه ورضي به جاز فكان مصالحاً عن الجناية وما يحدث منها ابتداء على العبد مقتضى الإقدام على الإعتاق، والمولى أيضاً مصالح معه على هذا الوجه راضٍ به لأنه لما رضي بكون العبد عوضاً عن القليل، كان أرضى بكونه عوضاً عن الكثير فإذا أعتقه صح الصلح في ضمن الإعتاق ابتداء، وإذا لم يعتقه لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الأوّل وقع باطلاً فيردّ العبد إلى المولى، والأولياء بالخيار إن شاؤوا عفوا عنه، وإن شاؤوا قتلوه، وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير رجل قطع يد رجل عمداً فصالح المقطوع يده على عبد ودفعه إليه فأعتقه المقطوع يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية، وإن لم يعتقه ردّ على مولاه وقيل للأولياء: إما أن تقتلوه أو تعفوا عنه، والوجه ما بيناه فاتحد الحكم والعلة واختلفا صورة، ثم هذه المسألة وهي مسألة الصلح ترد إشكالاً على قول أبي حنيفة رضي اللّه عنه فيما إذا عفى عن اليد ثم سرى إلى النفس ومات حيث يبطل العفو ولا يجب القصاص هنالك، وفي هذه المسألة قال: يبطل الصلح، ويجب القصاص فيما إذا لم يعتق العبد وإن أعتقه فالصلح باقٍ على حاله، فالجواب أما إذا لم يعتقه فقد قيل: ما ذكر في مسألة الصلح جواب القياس وما ذكر في مسألة العفو جواب الاستحسان فيكونان على القياس والاستحسان، وقيل: بالفرق بينهما ووجهه أن الصلح عن الجناية على مال يقرّر الجناية ولا يبطلها لأن الصلح عن الجناية استيفاء للجناية معنى لاستيفاء بدلها، وإذا بقيت الجناية يتوفر عليه عقوبتها وهو القصاص، وأما العفو فهو معدم للجناية، والعفو عن القطع، وإن بطل بالسراية إلى النفس لكن بقيت شبهة لوجود صورة العفو وهي كافية لدرء الحد، وأما إذا أعتقه فجوابه هو الفرق الذي ذكرناه أن العتق يجعل صلحاً ابتداء بخلاف العفو، وعلى قولهما أيضاً يرد في الصورتين لأنهما كانا يجعلان العفو عن القطع عفواً عما يحدث منه، وفي الصلح لم يجعلا كذلك بل أوجبا القصاص عليه إذا لم يعتقه وجعلاه صلحاً مبتدأ إذا أعتقه.

قال رحمه اللّه: (جنى مأذون له مديون خطأ فحرّره سيده بلا علم عليه قيمة

لرب الدين وقيمة لولي الجناية) لأنه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد **الدفع على الأولياء** والبيع على الغرماء فكذا عند الاجتماع، ويمكن الجمع بين الحقين إيفاء من الرقبة الواحدة بأن يدفع إلى ولي الجناية أوّلاً ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالتفويت بخلاف ما إذا أتلفه أجنبي والمسألة بحالها حيث يجب عليه قيمة واحدة للمولى بحكم الملك في رقبته فلا يظهر حق الفريقين بالنسبة إلى ملك المالك لأنه دون الملك فصار كأن ليس فيه حق، ثم الغريم أحق بتلك القيمة لأنها مالية العبد والغريم مقدّم في المالية على ولي الجناية لأن الواجب أن يدفع إليه ثم يباع للغريم فكان مقدّماً معنى، والقيمة هي المعنى فتسلم إليه وفي الفصل الأوّل كان التعارض بين الحقين وهما مستويان فيظهران فيضمنهما، والأصل أن العبد إذا جنى جناية وعليه دين خير المولى بين الدفع إلى ولي الجناية والفداء، فإن اختار الدفع دفع إلى ولي الجناية ثم بيع في الدين، فإن فضل شيء فهو لولي الجناية لأنه بدل ملكه وإلا فلا شيء له، وإنما بدئ بالدفع جمعاً بين الحقين لأنه أمكن بيعه بعد الدفع، ولو بدئ ببيعه في الدين لا يمكن دفعه بالجناية لأنه لم يوجد في يد المشتري جناية، ولا/ يقال: لا فائدة في الدفع إذا كان يباع عليه، لأنا نقول: [٢٥٩/أ ٣/١] فائدته ثبوت استخلاص العبد لأن ولي الجناية يثبت له حق الاستخلاص وللإنسان أغراض في العين، فإذا كان الواجب هو الدفع فلو أن المولى دفعه إلى ولي الجناية بغير قضاء لا يضمن استحساناً لأنه فعل عين ما يفعله القاضي، وفي القياس يضمن قيمته لوجود التمليك كما لو باعه أو وهبه، ولو دفعه إلى أصحاب الديون صار مختاراً للفداء، كما لو باعه لأنه ليس بواجب عليه، بل الواجب عليه الدفع بالجناية أوّلاً، ولو أن القاضي باعه في الدين ببينة قامت عليه ثم حضر ولي الجناية ولم يفضل من الثمن شيء سقط حقه لأن القاضي لا يلزمه العهدة فيما فعل، ولو فسخ البيع ودفع إلى ولي الجناية لاحتيج إلى بيعه ثانياً لما ذكرنا فلا فائدة في الفسخ.

قال رحمه اللّه: (مأذونة مديونة ولدت بيعت مع ولدها للدين وإن جنت فولدت لم يدفع الولد له) والفرق أن الدين متعلق برقبتها لأن الدين عليها وهو وصف لها حكمي فيسري إلى الولد لأن الصفات الشرعية الثابتة في الأصل تسري إلى الفرع كالملك والرق والحرية، وأما الدفع بالجناية فواجب في ذمة المولى لا في ذمتها، وإنما يلاقيها أثر الفعل الحقيقي وهو الدفع فقبل الدفع كانت رقبتها خالية عن حق ولي الجناية فلذلك لا يجري القصاص على الأولاد ولا الحدّ لأنهما فعلان محسوسان كالدفع ولا تبعية فيه، فإن قيل: إذا كان الدين عليها فلماذا يضمن المولى إذا أعتقها

قوله: (الدفع على الأولياء) يعني أتلف الدفع على الأولياء، وأتلف البيع على الغرماء اهـ من

والإنسان إذا أتلف المديون لا يضمن شيئاً، قلنا: وجوب الضمان باعتبار تفويت ما تعلق به حقهم استيفاء لا باعتبار وجوب الدين على المولى، ألا ترى أنه يضمن القيمة لا غير ولو كان باعتبار الوجوب عليه لضمن كل الدين كالعبد الجاني إذا أعتقه المولى بعد العلم بالجناية ولهذا يتبع الغريم بالفاضل العبد المديون بعد العتق ولو كان على المولى لما اتبع كالعبد الجاني، ولا يرد علينا وجوب دفع الأرش معها إذا جنى عليها قبل الدفع وأخذ المولى الأرش لأن الأرش بدل جزئها، وحق ولي الجناية يتعلق بجميع أجزائها فإذا فات جزء منها وأخلف بدلاً تعلق به حقه، كما إذا قتلت وأخلفت بدلاً اعتباراً للجزء بالكل **بخلاف الولد**، وقوله: مأذونة مديونة ولدت شرط للسراية إلى الولد أن تكون الولادة بعد لحوق الدين لأنها إذا ولدت ثم لحقها الدين لا يتعلق حق الغرماء بالولد بخلاف الإكساب حيث يتعلق حق الغرماء بما كسبت قبل الدين وبعده، لأن لها يداً معتبرة في الكسب حتى لو نازعها أحد فيه كانت هي الخصم فيه فباعتبار اليد كانت هي أحق به من سيدها لقضاء دينها بخلاف الولد فإنه إنما استحق بالسراية، وذلك قبل الانفصال لا بعده كولد المكاتبة وأم الولد والمدبرة وكولد الأضحيةلأنها حقوق مستقرة في الرقبة حتى صار صاحبها ممنوعاً عن التصرف.

قال رحمه الله: (عبد زعم رجل أن سيده حرره فقتل وليه خطأ لا شيء له) معناه إذ كان العبد لرجل فزعم رجل أن مولاه أعتقه فقتل العبد خطأ ولي ذلك الرجل الذي زعم أن مولاه أعتقه فلا شيء له لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد أقر أنه لا يستحق على المولى دفع العبد ولا الفداء بالأرش وإنما يستحق الدية عليهما، وعلى العاقلة لأنه حر فيصدق في حق نفسه فيسقط الدفع والفداء عن المولى ولا يصدق في دعواه الدية عليهم إلا بحجة، **وقال في النهاية: وضع المسألة** فيما إذا جنى العبد جناية ثم أقر المجني عليه أنه حر قبل الدفع إليه وجعل في الكتاب الإقرار بالحرية قبل الجناية وهما لا يتفاوتان وأما إذا أقر المجني عليه بعد الدفع إليه فهو حر لأنه ملكه بالدفع، وقد أقر له بحريته فيعتق عليه بإقراره وصار نظير من اشترى عبداً ثم أقر بتحرير مولاه قبل البيع / . [٢٥٩ ب/٣]

قال رحمه الله: (قال معتق لرجل: قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الرجل: بعد العتق فالقول للعبد) معناه إذا أعتق العبد ثم قال لرجل بعد العتق: قتلت أخاك خطأ

خط الشارح رحمه الله. **قوله**: (**بخلاف الولد**) أي لأنه ليس بعوض عنها ولا عن جزئها اهـ **قوله**: (**وقال في النهاية: وضع المسألة**) أي في المبسوط اهـ من خط قارئ الهداية. **قوله**:

وأنا عبد، وقال الرجل: بل قتلته وأنت حر **فالقول**: **قول العبد** لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حاله معهودة منافية للضمان إذ الكلام فيما إذا كان رقه معروفاً والوجوب في جناية العبد على المولى **دفعاً أو فداء** فصار كما إذا قال البالغ العاقل: طلقت امرأتي وأنا صبي أو بعت داري وأنا صبي، أو قال: طلقت امرأتي وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفاً كان القول قوله لما ذكرنا.

قال رحمه اللّه: (وإن قال لها: هل قطعت يدك وأنت أمتي وقالت: بعد العتق فالقول لها وكذا كل ما أخذ منها الا الجماع والغلة) معناه إذا أعتق رجل جارية ثم قال لها: قطعت يدك وأنت أمتي فقالت هي: بل قطعتها وأنا حرة فالقول قولها وكذا القول قولها في كل ما أخذه منها إلا الجماع والغلة استحساناً وهذا عندهما، وقال محمد رحمه اللّه: لا يضمن إلا شيئاً قائماً بعينه يؤمر بردّه عليها، لأنه منكر وجوب الضمان لإسناد الفعل إلى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الأولى، وكما في الوطء والغلة، وفي القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ منها ثم ادّعى التمليك عليها وهي تنكر فالقول: قول المنكر فلهذا يؤمر بالردّ إليها، ولهما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادّعى ما يبرئه فلا يكون القول: قوله، كما إذا قال لغيره: أذهبت ضوء عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت فقال المقر له: لا بل أذهبتها وعينك اليمنى مفقوءة فإن القول: قول المقر له وهذا لأنه لم يسنده إلى حالة منافية للضمان لأنه يضمن يدها إذا قطعها وهي مديونة بخلاف الوطء والغلة لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر، وكذا أخذه من غلتها وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الإسناد إلى حالة معهودة **منافية للضمان في حقهما**، وعلى هذا الخلاف لو قال رجل لرجل حربي أسلم: أخذت مالك وأنت حربي فقال: بل أخذته بعدما أسلمت.

قال رحمه اللّه: (عبد محجور أمر صبياً حراً بقتل رجل فقتله فديته على عاقلة الصبي) لأن الصبي هو المباشر للقتل وعمده وخطأه سواء فيجب على عاقلته، ولا شيء على العبد الآمر وكذا الحكم إذا كان الآمر للصبي صبياً لأنهما لا يؤاخذان بقولهما لأن المؤاخذة فيها باعتبار الشرع ولم يعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر أبداً ويرجعون على العبد الآمر بعد العتق لأن عدم الاعتبار كان لحق المولى لا لنقصان أهلية العبد، وقد زال حق المولى بالإعتاق بخلاف الصبي لأنه قاصر الأهلية وفي شرح الزيادات للإمام العتابي لا ترجع العاقلة على العبد أيضاً أبداً

(فالقول قول العبد) أي مع يمينه بالإجماع اهـ كي. **قوله**: **(دفعاً أو فداء)** ولا يتصوّر وجوب الدية على العبد في قتل الخطأ في حال رقه اهـ **قوله**: **(منافية للضمان في حقهما)** أي في حق

لأن هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد، وقد تعذر إيجابه على المولى لمكان الحجر وهذا أوفق للقواعد، ألا ترى أن العبد إذا أقر بعد العتق بالقتل قبله لا يجب عليه شيء لكونه أسنده إلى حالة منافية للضمان على ما بينا قبيل هذا، ولهذا لو حفر العبد بئراً فأعتقه مولاه ثم وقع فيها إنسان فهلك لا يجب على العبد شيء، وإنما يجب على المولى قيمته لأن جناية العبد لا توجب عليه شيئاً وإنما توجب على المولى فتجب عليه قيمة واحدة، ولو مات فيها ألف نفس فيقتسمونه بالحصص.

قال رحمه الله: (وكذا إن أمر عبداً) معناه أن يكون الآمر عبداً والمأمور أيضاً عبداً محجوراً عليهما فيخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء ولا رجوع له على الآمر في الحال ويرجع بعد العتق بالأقل من الفداء، وقيمة العبد لأنه غير مضطر في دفع الزيادة، وعلى قياس ما ذكره الإمام العتابي رحمه الله لا يجب عليه شيء لما بينا، وهذا إذا كان القتل خطأ، وكذا إذا كان عمداً والعبد القاتل صغيراً لأن عمده خطأ على ما بينا، وأما إذا كان كبيراً يجب القصاص لأنه من أهل العقوبة، ولو أمر رجل حر صبياً حراً فالدية على عاقلة الصبي / لأنه المباشر ثم ترجع العاقلة على عاقلة الرجل لأنه [٢٦٠ أ/٣] المسبب إذ لولا أمره لما قتل لضعف فيه ولا يقال: كيف تعقل عاقلة الرجل ما لزم بسبب القول فينبغي أن يكون كالإقرار، لأنا نقول: هذا قول لا يحتمل الكذب وهو تسبيب فتعلقه بخلاف الإقرار بالقتل لأنه يحتمل الكذب فلا تعقله العاقلة، ولو كان المأمور عبداً محجوراً عليه كبيراً أو صغيراً يخير المولى بين الدفع والفداء وأيهما اختار يرجع بالأقل على الآمر في ماله، لأن الآمر صار غاصباً للعبد بالأمر كما إذا استخدمه وضمان الغصب في ماله لا على العاقلة بخلاف الأوّل لأن ذاك ضمان جناية لكون المأمور حراً لا يتصوّر فيه الغصب فيكون على العاقلة، وإن كان المأمور حراً بالغاً عاقلاً فعلى عاقلته الدية، ولا ترجع العاقلة على الآمر بحال لأن أمره لم يصح ولا يأتمر هو أيضاً بأمر مثله لا سيما في الدم، وإن كان الآمر عبداً مأذوناً له في التجارة كبيراً كان أو صغيراً والمأمور عبداً محجوراً عليه أو مأذوناً له يخير مولى المأمور بين الدفع والفداء، وأيهما فعل رجع على العبد المأذون له لأن هذا ضمان غصب وإنه من جنس ضمان التجارة لأنه يؤدّي إلى تملك المضمون بأداء الضمان والمأذون له يؤاخذ بضمان التجارة بخلاف ما إذا كان المأمور حراً حيث لا ترجع عاقلة المأمور على الآمر في الحال، ولا بعد الحرية لعدم تحقق الغصب في الحر ولو كان الآمر صبياً حراً مأذوناً له في التجارة فحكمه حكم العبد المأذون له حتى يرجع عليه فيما إذا كان المأمور عبداً لتحقق الغصب فيه، ويكون ذلك في ماله دون العاقلة لأنه ليس بضمان جناية،

الغلة والوطء اهـ.

وإنما هو ضمان تجارة ولا يرجع عليه إذا كان المأمور حراً لعدم تصوّر الغصب فيه فصار الصبي الآمر في حقه كالصبي المحجور عليه، ولو كان الآمر مكاتباً صغيراً كان أو كبيراً والمأمور صبي حر تجب الدية على عاقلة الصبي وترجع العاقلة على المكاتب بالأقل من قيمته ومن الدية، لأن هذا حكم جناية المكاتب بخلاف القن فإن حكم جنايته على المولى فيجب عليه إن أمكن وإلا سقط على ما بينا، وإن عجز المكاتب بعد ما قضى القاضي عليه بالقيمة تباع رقبته إلا أن يفدي المولى بدينهم وهو القيمة، والقياس أن يبطل حكم جنايته وهو قول أبي حنيفة رضي اللّه عنه، لأنه بالعجز صار قناً **وأمره لا يصح** ولكنهما يقولان لما قضى عليه بالقيمة صار ديناً عليه وتقرّر فلا يسقط حتى لو عجز قبل القضاء عليه بالقيمة بطل حكم جنايته، لأن حكم جنايته إنما يصير ديناً عليه بالقضاء ولم يوجد، وإن عجز بعدما أدّى كل القيمة لا يبطل بالإجماع حتى لا يستردّ المولى القيمة، ولو أدّى البعض ثم عجز سلم ما أدّاه لهم وبطل الباقي عنده وعندهما لا يبطل، وإن كان المأمور عبداً تخير مولاه بين الدفع والفداء ثم يرجع على المكاتب بقيمة المأمور إلا إذا كانت قيمته أكثر من الدية فتنقص عشرة دراهم، بقي إشكال وهو أن يقال: إن هذا ضمان الغصب ففيه يضمن قيمته بالغة ما بلغت فكيف نقص عشرة دراهم كضمان الجناية،فجوابه هذا ضمان الغصب لكن حصل بسبب الجناية فباعتبار الغصب وجب قيمة المأمور وباعتبار السبب روعي التقدير لوجوبه بسبب الجناية فاعتبر بها في حق التقدير، وإن عجز المكاتب فمولى المأمور يطالب مولى المكاتب ببيعه لأن ضمان الغصب لا يسقط بعجز المكاتب، وإن عتق المولى المكاتب فمولى المأمور بالخيار إن شاء رجع بجميع قيمة المأمور على المعتق لأنه ضمان غصب فلا يبطل بالإعتاق، وإن شاء رجع على المولى بقدر قيمة المعتق وبالفضل على المعتق إلى تمام قيمة المأمور، وإن كان المأمورمكاتباً يجب/ على المأمور ضمان قيمة نفسه ولا يرجع به على الآمر لأنه [٢٦٠ ب/٣] تعذر هذا أن يجعل ضمان غصب لأن المكاتب حرّ من وجه فلا يكون محلاً للغصب صغيراً كان أو كبيراً كالحر، وتعذر الرجوع بحكم الجناية أيضاً لأنه لا جناية من الآمر لكون المأمور كبيراً حكماً سواء كان صغيراً أو كبيراً لأن المكاتب الصغير ملحق بالكبير فصار كالحرّ البالغ العاقل إذا كان مأموراً.

قال رحمه اللّه: (عبد قتل رجلين عمداً ولكل وليان فعفا أحد وليي كل منهما دفع سيده نصفه إلى الآخرين أو فداه بالدية) أي للمولى الخيار إن شاء دفع نصف العبد إلى اللذين لم يعفوا من وليي القتيلين، وإن شاء فداه بدية كاملة لأنه لما عفا

قوله: (وأمره لا يصح) أي أمر القن بالقتل لا يصح اهـ.

أحد وليي كل واحد منهما سقط القصاص في الكل وانقلب نصيب الساكتين مالاً وهو دية كاملة، لأن كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة فإذا سقط القصاصان وجب أن ينقلب كله مالاً وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون ألفاً أو دفع العبد غير أن نصيب العافيين سقط مجاناً فانقلب نصيب الساكتين مالاً، وذلك دية واحدة لكل واحد منهما نصف الدية أو دفع نصف العبد لهما فيخير المولى بينهما.

قال رحمه اللّه: (وإن قتل أحدهما عمداً والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد فدي بالدية لوليي الخطأ، وبنصفها لأحد وليي العمد، أو دفعه إليهم أثلاثاً) لأن وليي الخطأ حقهما في الدية عشرة آلاف درهم وحق وليي العمد في القصاص، فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر مالاً وهو نصف الدية خمسة آلاف درهم، فإذا فدى فداه بخمسة عشر ألف درهم عشرة آلاف درهم لوليي الخطأ وخمسة آلاف لغير العافي في وليي العمد، وإن دفعه دفعه إليهم أثلاثاً ثلثيه لوليي الخطأ وثلثه للساكت من وليي العمد بطريق العول لأن حقهم في الدية كذلك فيضرب وليا الخطأ بعشرة آلاف ويضرب غير العافي من وليي العمد بخمسة آلاف وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما اللّه: يدفعه أرباعاً بطريق المنازعة ثلاثة أرباعه لوليي الخطأ أو ربعه لغير العافي من وليي العمد لأن نصفه سلم لوليي الخطأ بلا منازعة واستوت منازعتهم في النصف الآخر فيتنصف، فإن قيل: ينبغي أن يسلم للمولى ربع العبد في هذه المسألة وهو نصيب العافي من وليي العمد، ويدفع ثلاثة أرباعه إليهم يقسم بينهم على قدر حقوقهم كما سلم له النصف في المسألة الأولى وهو نصيب العافيين، قلنا: لا يمكن ذلك هنا لأن وليي الخطأ استحقاه كله ولم يسقط من حقهما شيء، وهذا لأن حق كل واحد من الفريقين تعلق بكل الرقبة في المسألتين غير أنه لما عفا أحد وليي كل قتيل سقط حق العافيين عن الرقبة في المسألة الأولى وخلا نصيبهما منه عن حقهما وصار ذلك للمولى وهو النصف بخلاف ما نحن فيه، فإن حق وليي الخطأ ثابت في الكل على حاله، فكانت الرقبة كلها مستحقة لهما والنصف لغير العافي من وليي العمد، فلهذا افترقا فيقتسمون كله على قدر حقوقهم بطريق العول فيه أو المنازعة، ولهذه المسألة نظائر وأضداد ذكرناها في كتاب الدعوى من هذا الكتاب بأصولها التي نشأ منها الخلاف بتوفيق اللّه تعالى فلا نعيده.

قال رحمه اللّه: (عبدهما قتل قريبهما فعفا أحدهما بطل الكل) معناه إذا كان عبد بين رجلين فقتل قريباً لهما كأبيهما أو أخيهما فعفا أحدهما بطل الجميع فلا

يستحق غير العافي منهما شيئاً من العبد غير نصيبه الذي كان له من قبل، وكذا إذا كان العبد لقريب لهما أو لمعتقهما فقتل مولاه فورثاه بطل الكل، وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه وقال أبو يوسف رحمه اللّه: يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر إن شاء، وإن شاء فداه بربع الدية لأن حق القصاص ثبت لهما في العبد على الشيوع لأن الملك لا ينافي استحقاق / القصاص عليه للمولى، فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب [٢٦١ أ/٣] الآخر وهو النصف مالاً غير أنه شائع في كل العبد فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه، فما أصاب نصيبه سقط لأن المولى لا يستوجب على عبده مالاً وما أصاب نصيب صاحبه ثبت وهو نصف النصف، وهو الربع فيدفع نصف نصيبه أو يفديه بربع الدية، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن ما يجب من المال يكون حق المولى لأنه بدل دمه ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته، والمولى لا يستوجب على عبده مالاً فلا يخلفه الورثة فيه، ولأن القصاص لما صار مالاً صار بمعنى الخطأ، وفيه لا يجب شيء فكذا ما هو في معناه واللّه سبحانه أعلم.

فصل قتل عبد خطأ تجب قيمته

قال رحمه اللّه: (**قتل عبد** خطأ تجب قيمته ونقص عشرة لو كانت عشرة آلاف أو أكثر وفي الأمة عشرة من خمسة آلاف والمغصوب تجب قيمته بالغة ما بلغت)

فصل قتل عبد خطأ تجب قيمته

لما فرغ من جناية العبد على غيره شرع في أحكام الجناية عليه لأن الفاعل يقدم على المفعول وجوداً فوجب ترتيبه كذلك للمناسبة اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (قتل عبد إلخ)** قال في الهداية: ومن قتل عبداً فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم، فإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضي له بعشرة آلاف إلا عشرة، وفي الأمة إذا ازدادت قيمتها على الدية خمسة آلاف إلا عشرة، قال الإتقاني: هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا قول أبي حنيفة وزفر ومحمد رضي اللّه عنهم، وذلك على العاقلة في ثلاث سنين، كذا ذكر الكرخي في مختصره، وعند أبي يوسف والشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت ولا تتحملها العاقلة كضمان الأموال، كذا ذكر علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وقال الطحاوي في مختصره: روى محمد عن أبي يوسف أنه قال: قيمته على عاقلته بالغاً ما بلغ وروى أصحاب الإملاء عنه أنه قال: قيمته على الجاني في ماله بالغة ما بلغت ولا تتحمل العاقلة منها شيئاً إلى هنا لفظ الطحاوي، وأجمعوا في العبد المغصوب إذا هلك عند الغاصب تجب قيمته بالغة ما بلغت، وقال الكرخي في مختصره: روي أن العبد لا يبلغ به دية الحر عند عبد اللّه بن مسعود وإبراهيم والشعبي وعطاء ورواه محمد عن سعيد بن

وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله: تجب قيمته بالغة ما بلغت، وفي الغصب تجب قيمته بالغة مابلغت بالإجماع لهما ما روي عن عمر وعلي وابن عمر رضي الله عنهم أنهم أوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت ولأن الضمان بدل المالية، ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك إلا من حيث المالية، ولو كان بدل الدم لكان للعبد إذ هو في حق الدم مبقى على أصل الحرّية فعلم أنه بدل المالية، **ولهذ لو قتل العبد المبيع** قبل القبض يبقى عقد البيع وبقاؤه ببقاء المالية أصلاً أو بدلاً في حال قيامه أو هلاكه فصار كسائر الأموال وكقليل القيمة والغصب، ولأن ضمان المال بالمال أصل وضمان ماليس بمال بالمال خلاف الأصل، ومهما أمكن إيجاب الضمان على موافقة القياس لا يصار إلى إيجابه بخلاف الأصل، **ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى: ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾** [النساء: ٩٢]، أوجبها مطلقاً من غير فصل بين أن يكون حراً أو عبداً، والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية وهو الآدمي فيدخل تحت النص، وهذ لأن المذكور في الآية حكمان الدية والكفارة والعبد داخل فيها في حق الكفارة بالإجماع لكونه آدمياً فكذا في حق الدية، لأنه آدمي، **ولهذا يجب القصاص بقتله بالإجماع** ويكون مكلفاً، ولولا أنه آدمي لما وجب القصاص ولا كلف كسائر الأموال، غاية الأمر أن يقال: فيه معنى المالية، وذلك لا يمنع اعتبار الآدمية بدليل ما ذكرنا من الأحكام ولأنه لما كان فيه معنى المالية والآدمية وجب اعتبار أعلاهما وهي الآدمية عند تعذر الجمع بينهما بإهدار

المسيب وروي عن علي وابن عمر وابن عباس وغيرهم فيه القيمة بالغاً ما بلغ إلى هنا لفظ الكرخي، والحاصل أن العبد مضمون بالقتل بالاتفاق لكنه مضمون عندنا من حيث أنه آدمي، وعند أبي يوسف من حيث أنه مال اهـ **قوله: (ولهذا لو قتل العبد المبيع إلخ)** مسألة ما إذا قتل العبد المبيع قبل القبض ذكرها الشارح بأتم من هذا قبيل قوله ولأبي المعتوه القود في باب ما يوجب القصاص. **قوله: (ولأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى: ﴿ودية مسلمة﴾)** وجه الاستدلال أنه تعالى سمى الواجب في قتل المؤمن خطأً دية، والعبد مؤمن قتل خطأً فيجب فيه الدية، والدية اسم لما يجب بمقابلة الآدمي لا بمقابلة المال، وما يجب بمقابلة المال يسمى قيمة وضماناً وهو العرف فثبت بدلالة الآية أن العبد مضمون بمقابلة الآدمي ولا يزاد على تقدير الشرع في الدية، وينقص عنها بأثر عبد الله بن مسعود لنقصان الرق فيه لئلا يلزم التسوية بين كامل الحال وناقص الحال، والدليل على أن معنى الآدمية راجح فيه أن أكثر تكاليف الشرع متوجهة عليه بالإجماع من حيث الآدمية فاقتضى أن يكون مضموناً من حيث أنه آدمي ولهذا وجب القصاص بقتله. **قوله: (ولهذا يجب القصاص بقتله بالإجماع)** يتمشى مطلقاً على قول أبي يوسف وفيما إذا كان القاتل عبداً على

الأدنى وهي المالية، ولأن الآدمية أسبق والرق عارض بواسطة الاستنكاف فكان اعتبار ما هو الأصل أولى، ألا ترى أن القصاص يجب بقتله عمداً بهذا الاعتبار والمتلف في حالة العمد والخطأ واحد، فإذا اعتبر في إحدى حالتي القتل آدمياً وجب أن يعتبر في الحالة الأخرى، كذلك إذ الشيء الواحد لا يتبدل جنسه باختلاف حالة إتلافه، وهذا أولى من العكس لأن في العكس إهدار آدميته وإلحاقه بالبهائم والجماد، **وما رويا من الأثر معارض بأثر ابن مسعود** رضي اللّه عنه، أو هو محمول على الغصب وضمان الغصب بمقابلة المالية لأنه لا معارض لها إذ الغصب لا يرد إلا على المال، وبقاء العقد لا يعتمد المالية وإنما يعتمد الفائدة، ألا ترى أنه يبقى بعد قتله عمداً أيضاً، وإن لم يكن القصاص مالاً ولا بدلاً عن المالية، وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية إلا أنه لا سمع فيه فقدّرناه بقيمته رأياً بخلاف كثير القيمة لأن فيه قول ابن مسعود رضي اللّه عنه: لا يبلغ بقيمة العبد دية الحرّ وينقص منه عشرة دراهم، والأثر في المقدّرات كالخبر إذ لا يعرف إلا سماعاً، ولأن آدميته أنقص فيكون بدلها أقل كالمرأة والجنين، ألا ترى أنه لما كان أنقص تنصفت النعم والعقوبات في حقه إظهاراً لانحطاط / [٢٦١ ب/٣] رتبته فكذا في هذا، وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي اللّه تعالى عنه أنه يجب في الأمة خمسة آلف درهم إلا خمسة لأن دية الأنثى نصف دية الذكر فيكون الناقص عن دية الأنثى نصف الناقص عن دية الذكر كما في الأطراف، **والأوّل أظهر** لأن أقل مال له خطر في الشرع عشرة كنصاب السرقة والمهر وما دونه لا يعتبر بخلاف الأطراف لأنه بعض الدية فينقص من كل جزء بحسابه، ولو نقص من كل جزء عشرة **لما وجب أصلاً**.

قال رحمه اللّه: (وما قدّر من دية الحرّ قدر من قيمته ففي يده نصف قيمته) لأن القيمة في العبد كالدية في الحرّ إذ هو بدل الدم على مابيناه فيكون في يده

قول الشافعي رحمهما اللّه اهـ **قوله: (وما رويا من الأثر معارض بأثر ابن مسعود)** وأثر ابن مسعود سيأتي بعد أسطر اهـ **قوله: (والأوّل أظهر)** قال الإتقاني: وهذا ظاهر الرواية لأن هذا دية الحر فتنقص منها عشرة كما تنقص من دية الرجل، وليس كذلك إذا قطع يد العبد أنه لا يتجاوز خمسة آلاف إلا خمسة لأن ما يجب في اليد جزء مما يجب في الجملة فقدر بنصفها، وما يجب في الأنثى ليس بجزء من دية الذكر وإنما هي دية في نفسها فلذلك قدر النقص فيها بعشرة، وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة في قتل الأمة خطأ إذا زادت قيمتها على دية الحرة خمسة آلاف درهم إلا خمسة قال الفقيه أبو الليث السمرقندي في كتاب العيون: رواية الحسن بن زياد هو القياس اهـ وكتب ما نصه: وهو ما تقدم في المتن أنه خمسة آلاف إلا عشرة اهـ **قوله: (لما وجب أصلاً)** أي في جراحة يساوي أرشها عشرة فما

نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف إلا خمسة لأن اليد من الآدمي نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار **إظهاراً لدنوّ رتبته**، وقيل: يضمن في الأطراف بحسابه بالغة ما بلغت ولا ينقص منه شيء لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال، وهذايؤدّي إلى أمر شنيع وهو أن ما يجب في الأطراف أكثر مما يجب في النفوس بأن كانت قيمته مثلاً مائة ألف، فإنه بقطع يده يجب خمسون ألفاً وبقتله عشرة آلاف إلا عشرة، وفي لحيته روايتان في رواية الأصل يجب حكومة عدل وهو الصحيح لأن المقصود من العبد الخدمة لا الجمال وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه اللّه تعالى أنه يجب كمال القيمة لأن الجمال في حقه مقصود أيضاً.

قال رحمه اللّه: (قطع يد عبد فحرّره سيده فمات منه وله ورثة غيره لا يقتص وإلا اقتص منه) وإنما لا يقتص في الأول لاشتباه من له الحق لأن القصاص يجب عند الموت مستنداً إلى وقت الجرح فعلى اعتبار حاله الجرح يكون الحق للمولى، وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فيتحقق الاشتباه فيتعذر فلا يجب على وجه يستوفي إذ الكلام فيما إذا كان للعبد ورثة أخر سوى المولى، واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لأن الملك يثبت لكل واحد منهما في إحدى الحالتين، ولا يثبت على الدوام فيهما فلا يكون الاجتماع مفيداً، ولا يقال: يأذن كل واحد منهم لصاحبه لأن الإذن إنما يصح إذا كان الآذن يملك ذلك بخلاف العبد الموصي برقبته لرجل وبخدمته لآخر لأن ملك كل واحد منهما دائم فصارا بمنزلة الشريكين فيه فلا ينفرد أحدهما فيه دون الآخر لما فيه من إبطال حق الآخر فيقتل باجتماعهما للرضا ببطلان

دونها اهـ **قوله: (إظهار الدنو رتبته)** هكذ ا هو في عامة الكتب كالهداية والخلاصة ومجمع البحرين وشرحيه والاختيار وفتاوى الولوالجي والمنتقى، وفي المجتبى عن المحيط نقصان الخمسة هنا باتفاق الروايات بخلاف فصل الأمة اهـ وذكر في النهاية عند قول صاحب الهداية لا تزاد على خمسة آلاف إلا خمسة هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية، ففي المبسوط يجب نصف قيمته بالغة ما بلغت في الصحيح من الجواب إلا في رواية عن محمد أنه يجب في قطع يده خمسة آلاف إلا خمسة وجه الظاهر أن العبد في حكم الجناية على أطرافه بمنزلة المال، ولهذا لا يجب القصاص بحال ولا تتحملها العاقلة إلا أن محمداً قال في بعض الروايات: القول بهذا يؤدّي إلى أن يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله كما لو قطع يد عبد يساوي ثلاثين ألفاً يضمن خمسة عشرة ألفاً، وكذا ذكر في الكفاية وحكاه الأكمل عن النهاية وعليه مشى عز الدين يوسف الرازي[1] في شرح

---

(١) هو عز الدين يوسف بن محمود بن محمد الرازي شرح الكنز وسماه كشف الدقائق. انظر كشف الظنون (٢/١٥١٥).

حقه، وأما في الثاني: وهو ما إذا لم يكن له ورثة غير المولى فالمذكور قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله: لا يجب القصاص فيه أيضاً لأن سبب الولاية قد اختلف لأنه الملك على اعتبار حالة الجرح والوراثة بالولاء على اعتبار حالة الموت، فنزل اختلاف السبب منزلة اختلاف المستحق فيما لا يثبت مع الشبهة وفيما يحتاط فيه فصار كما إذا قال لآخر: بعتني هذه الجارية، وقال: لا بل زوّجتها منك لا يحل له وطؤها لما قلنا، بخلاف ما إذا أقر لرجل بألف درهم من القرض، وقال المقر له: من ثمن مبيع فإنه يقضي له عليه بالألف، وإن اختلف السبب لأن الأموال تثبت بالشبهة فلا يبالي باختلاف السبب عند اتحاد الحكم، لأن الإعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية، والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه، وهذا لأن المقضي له معلوم والحكم متحد فأمكن الإيجاب والاستيفاء لاتحاد المستوفى والمستوفي ولا معتبر باختلاف السبب بعد ذلك كمسألة الإقراض، بخلاف الفصل الأوّل لأن المقضي له مجهول وبخلاف مسألة الجارية لأن الحكم مختلف إذ ملك اليمين يغاير ملك النكاح في الحكم لأن النكاح يثبت الحل مقصوداً وملك اليمين لا يثبته مقصوداً، **وقد لا يثبت الحل أصلاً** ولأن ما ادّعى كل واحد منهما من سبب للحل انتفى بإنكار الآخر فبقي بلا سبب فلا يثبت الحل بدونه إذ لا يجري فيه البدل بخلاف ما نحن فيه لأن السبب موجود بيقين ولا منكر/ له فلم يوجد ما يبطله ولا ما يحتمل الإبطال فأمكن استيفاؤه، [٢٦٢/ ٣] والإعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق، وذلك إذا كان له وارث آخر غير المولى على مابينا أو في الطرف أو في القتل خطأ، لأن العبد لا يصلح مالكاً للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى، وعلى اعتبار حالة الموت أو زيادة الجرح في الحالة الثانية يكون للعبد لحرّيته حتى تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه، فحصل الاشتباه فيمن له الحق فيسقط ما حدث بعد الحرية من ذلك الجرح، وأما القتل عمداً فموجبه القصاص فلا اشتباه فيه إذا لم يكن له وارث سوى المولى لأنه على اعتبار أن يكون الحق للعبد، فالمولى هو الذي يتولاه فلا اشتباه فيمن له الحق، فحاصله أنهم أجمعوا في الخطأ، وفي العمد فيما إذا كان له وارث آخر أن الإعتاق يقطع السراية فلا يجب إلا أرش القطع وما ينقص بذلك إلى الإعتاق وتسقط الدية والقصاص، وكذا في القطع إذا لم يمت منه لا يجب عليه سوى أرش القطع وما نقصه إلى الإعتاق ولا يجب عليه ما حدث من النقصان بعد الإعتاق بالإجماع فعلم بذلك

الكنز اهـ **قوله: (وقد لا يثبت الحل أصلاً)** أي كما إذا ملك أخته من الرضاع اهـ.

أن كل موضع لا يجب فيه القصاص يجب فيه أرش القطع وما نقصه إلى الإعتاق، ولا تجب عليه الدية ولا ما نقص منه بعد الإعتاق.

قال رحمه اللّه: (قال: أحد كما حرّ فشجا فبين في أحدهما فأرشهما للسيد) يعني إذا قال لعبديه: أحدكما حرّ ثم شجا فبين العتق في أحدهما بعد ذلك الشج فأرشهما للمولى لأن العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة، ولو قتلهما رجل واحد في وقت واحد معاً تجب دية حرّ وقيمة عبد، والفرق أن البيان إنشاء من وجه وإظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلاً للبيان فاعتبر إنشاء في حق المحل، وبعد الموت لم يبق محلاً للبيان فاعتبر إظهاراً محضاً فإذا قتلهما رجل واحد معاً، وأحدهما حرّ يجب عليه دية حرّ وقيمة عبد فيكون الكل نصفين بين المولى والورثة لعدم الأولوية، وإن اختلفت قيمتهما يجب نصف قيمة كل واحد منهما ودية حرّ فيقسم مثل الأوّل، بخلاف ما إذا قتلهما على التعاقب حيث يجب عليه القيمة للأوّل لمولاه والدية للثاني لورثته لتعينه للعتق بعد موت الأوّل، بخلاف ما إذا قتل كل واحد منهما رجل معاً حيث تجب قيمة المملوكين لأنا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حراً وكل منهما ينكر ذلك، ولأن القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لأنه لا يفيد فائدته وإنما صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول إلى المعلوم فيتقدّر بقدر الضرورة وهي النفس دون الأطراف والدية فبقي مملوكاً في حقهما فتجب القيمة فيهما فتكون نصفين بين المولى والورثة فيأخذ هو نصف قيمة كل واحد منهما ويترك النصف لورثته، لأن موجب العتق ثابت في أحدهما في حق المولى فلا يستحق بدله فيوزع ذلك عليهما نصفين، وإن قتلاهما على التعاقب فعلى القاتل الأول قيمته للمولى لتعينه للرق وعلى القاتل الثاني ديته لورثته لتعينه للعتق بعد موت الأول وإن كان لا يدري أيهما قتل أوّلاً فعلى كل واحد منهما قيمته، وللمولى من كل واحد منهما نصف القيمة كالأول لعدم أولوية أحدهما بالتقدم واللّه سبحانه وتعالى أعلم.

قال رحمه اللّه: (فقأ عيني عبد دفع سيده عبده وأخذ قيمته أو أمسكه ولا يأخذ النقصان) أي إذا فقأ رجل عيني عبد فالمولى بالخيار إن شاء دفع العبد المفقوء إلى الفاقئ وأخذ قيمته كاملاً، وإن شاء أمسكه ولا شيء له، وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه وقالا: إن شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته، وقال الشافعي رحمه اللّه: يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لأنه يجعل الضمان مقابلاً بالفائت فبقي الباقي حينئذٍ على ملكه كما إذا قطع إحدى يديه وفقأ إحدى عينيه / ، ونحن نقول: المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الأطراف لأن اعتبار [٢٦٢ ب/٣]

المالية في الذات دون الأطرف ساقط، بل المالية تعتبر في الأطراف أيضاً بل اعتبار المالية في الأطراف أولى لأنها يسلك بها مسلك الأموال، فإذا كانت المالية معتبرة وقد وجد أيضاً إتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة، وهذا الضمان مقدّر بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجثة دفعاً للضرر عنه ورعاية للمماثلة بخلاف ما إذا فقأ عيني حر لأنه ليس فيه معنى المالية، وبخلاف عيني المدبر لأنه لا يقبل النقل من ملك إلى ملك، وفي قطع إحدى اليدين وفقء إحدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة فإذا ثبت هذا جئنا إلى تعليل مذهب الفريقين، لهما أن العبد في حكم الجناية على أطرافه بمنزلة المال حتى لا يجب القود فيها، ولا تتحملها العاقلة وتجب قيمته بالغة ما بلغت فكان معتبراً بالمال، فإذا كان معتبراً به وجب تخيير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الأموال، فإن خرق ثوب الغير خرقاً فاحشاً يوجب تخيير المالك إن شاء دفع الثوب وضمنه قيمته، وإن شاء أمسكه وضمنه النقصان، وله أن المالية وإن كانت معتبرة في الذات فالآدمية أيضاً غير مهدرة فيه وفي الأطراف، ألا ترى أن عبداً لو قطع يد عبد آخر يؤمر مولاه بالدفع أو الفداء، وهذا من أحكام الآدمية لأن موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها، ثم من أحكام الآدمية أن لا ينقسم الضمان على الجزء الفائت والقائم بل يكون بإزاء الفائت لا غير ولا يتملك الجثة، ومن أحكام المالية أن ينقسم على الجزء الفائت والقائم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما فقلنا: بأنه لا ينقسم اعتباراً للآدمية ويتملك الجثة اعتباراً للمالية، وهذا أولى مما قالاه لأن فيما قالاه اعتبار جانب المالية فقط وهو أدنى وإهدار جانب الآدمية وهو أعلى، ومما قاله الشافعي رحمه اللّه أيضاً لأن فيه اعتبار الآدمية فقط، والشيء إذا أشبه شيئين يوفر حظهما عليه.

قال رحمه اللّه: (جنى مدبر أو أم ولد ضمن السيد الأقل من القيمة ومن الأرش) لما روي عن أبي عبيدة بن الجراح رضي اللّه عنه أنه قضى بجناية المدبر على المولى بمحضر من الصحابة رضي اللّه عنهم من غير نكير وكان يومئذ أميراً بالشام فكان إجماعاً، ولأن المولى صار مانعاً بالتدبير تسليمه في الجناية، وكذا بالاستيلاد من غير أن يصير مختاراً للفداء لعدم علمه بما يحدث فصار كما إذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم، وإنما يجب الأقل من القيمة ومن الأرش لأنه لا حق لولي الجناية في أكثر من الأرش، ولا منع من المولى في أكثر من العين وقيمتها تقوم مقامها ولا يخير بين الأكثر والأقل لأنه لا يفيده في جنس واحد لاختياره الأقل بخلاف ما إذا كان الجاني قناً حيث يخير المولى بين الدفع والفداء، ولا يجب الأقل لأن فيه فائدة لاختلاف الجنس،لأن من الناس من يختار دفع العين ومنهم من يختار دفع النقد على

ما هو الأيسر عنده، أو يبقى ما يختاره على ملكه ويخرج الآخر عن ملكه، ثم الأصل فيه أن جنايات المدبر لا توجب إلا قيمة واحدة، وإن كثرت لأنه لا منع منه إلا رقبة واحدة، ولأن دفع القيمة فيه كدفع العين في القن، ودفع العين لا يتكرر فكذا ما قام مقامها ويتضاربون بالحصص في القيمة وتعتبر قيمته في حق كل واحد منهم في حالة الجناية عليه، لأنه يستحقه في ذلك الوقت حتى إذا قتل رجلاً وقيمته ألف ثم قتل آخر وقيمته ألفان ثم قتل آخر وقيمته خمسمائة يجب على المولى ألفا درهم لأنه جنى على الأوسط وقيمته ألفان فيكون لولي الأوسط ألف منها لا يشاركه فيه أحد، لأن ولي الأوّل لا حق له فيما زاد على الألف، وإنما حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف درهم، وكذا الثالث لا حق له فيما زاد على / خمسمائة لما ذكرنا، ثم يعطى [٢٦٣/أ ٣] خمسمائة فيقسم بين الأوّل والأوسط يضرب الأوّل بجميع حقه وهو عشرة آلاف درهم ويضرب الأوسط بما بقي من حقه وهو تسعة آلاف لوصول الألف إليه فبقي من قيمته خمسمائة تقسم بين الثلاثة لاستوائهم فيها فيضرب الثالث بعشرة آلاف، ويضرب الأوّل بعشرة إلا ما أخذ في تلك المرة ويضرب الأوسط بعشرة آلاف إلا ما أخذ في المرتين.

قال رحمه اللّه: (فإن دفع القيمة بقضاء فجنى أخرى يشارك الثاني الأوّل) أي إذا دفع المولى القيمة لولي الجناية الأولى بقضاء القاضي ثم جنى جناية أخرى بعد ذلك فلا شيء على المولى لأن جناياته كلها لا توجب إلا قيمة واحدة، ولا تعدّي من المولى بدفعها إلى ولي الجناية الأولى لأنه مجبور عليه بالقضاء فيتبع ولي الجناية الثانية ولي الأولى فيشاركه فيها ويقتسمانها على قدر حقهما على ما ذكرنا.

قال رحمه اللّه: (ولو بغير قضاء اتبع السيد أو ولي الجناية) أي لو دفع المولى القيمة إلى ولي الجناية الأولى كان ولي الجناية الثانية بالخيار إن شاء اتبع المولى بحصته من القيمة، وإن شاء اتبع ولي الجناية الأولى، وهذا عند أبي حنيفة رضي اللّه عنه وقالا: لا شيء على المولى لأنه فعل عين ما يفعله القاضي ولا تعدّي منه بتسليمه إلى الأول لأنه حين دفع الحق إلى مستحقه، ولم تكن الجناية الثانية موجودة ولا علم له بما يحدث حتى يجعل متعدّياً، ولأبي حنيفة رضي اللّه عنه أن جنايات المدبر توجب قيمة واحدة فهم شركاء فيها والجناية المتأخرة كالمقارنة حكماً، ولهذا يشتركون فيها كلهم، ثم إذا دفعها إلى الأول باختياره صار متعدّياً في حق الثاني لأن حصته وجبت عليه وليس له ولاية عليه حتى ينفذ هذا الدفع في حقه، بخلاف القاضي لأن له ولاية عليه فينفذ، فإذا لم ينفذ دفع المولى في حق الثاني فالثاني بالخيار إن شاء اتبع الأوّل لأنه قبض حقه ظلماً فصار به ضامناً فيأخذه منه، وإن

شاء اتبع المولى لأنه دفع حقه بغير إذنه، فإذا أخذ منه رجع المولى على الأوّل بما ضمن للثاني وهو حصته لأنه قبضه بغير حق فيستردّه منه، وهذا لأن المولى لا يجب عليه إلا قيمة واحدة فلو لم يكن له حق الرجوع لكان الواجب عليه أكثر من القيمة، ولأن الثانية مقارنة من وجه حتى يشارك ومتأخرة من وجه في حق اعتبار القيمة فتعتبر مقارنة في حق التضمين أيضاً كي لا يبطل حق ولي الثانية، وإذا أعتق المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه إلا قيمة واحدة لما ذكرنا وسواء أعتقه بعد العلم بالجناية أو قبله لأن حق المولى لم يتعلق بالعبد فلم يكن مفوّتاً بالإعتاق، وأم الولد كالمدبر في جميع ما ذكرنا من الأحكام لامتناع الدفع كالمدبر، وإذا أقرّ المدبر أو أم الولد بجناية توجب المال لم يجز إقراره ولا يلزمه شيء لأن موجب جنايته على المولى لا على نفسه وإقراره على المولى غير نافذ، بخلاف ما إذا كانت الجناية موجبة للقود بأن أقرّ بالقتل عمداً حيث يصح إقراره فيقتل به لأنه إقرار على نفسه فينفذ عليه لعدم التهمة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال رحمه الله: (قطع يد عبده فغصبه رجل ومات منه ضمن قيمته أقطع، وإن قطع يده في يد الغاصب فمات منه برئ) لأن الغصب يوجب ضمان ما غصب ويبرأ الغاصب عن الضمان باسترداد المغصوب، وفي المسألة الأولى لما قطعه المولى في يده نقصت قيمته بالقطع فيجب على الغاصب قيمته أقطع، وفي الثانية حين قطع المولى العبد في يد الغاصب صار مسترداً له لاستيلائه عليه وبرئ الغاصب من ضمانه لوصول ملكه إلى يده، قال صاحب الهداية: في الفرق بين المسألتين أن الغصب قاطع للسراية **لأنه سبب الملك** كالبيع/ **فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته** [٢٦٣ب/٣]

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

ترجمه في الهداية بباب غصب العبد المدبر والجناية في ذلك، ولم يذكر في الترجمة الصبي، وقوله: في ذلك قال الإتقاني: أي في العبد والمدبر لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنايتهما مع غصبهما لأن المفرد قبل المركب ثم جر كلامه إلى بيان غصب الصبي اهـ **قوله: (لأنه سبب الملك)** قال الإتقاني: لأن الغصب من أسباب الملك عندنا لأن المضمونات تملك عند أداء الضمان مستنداً إلى أوّل الغصب، فلما كان سبب الملك كان تخلل الغصب بين الجناية والسراية قاطعاً للسراية، كما لو تخلل البيع، وإذا بطل حكم السراية صار كأنه غصب عبداً قطع اليد ومات عنده، وأورد أبو الليث سؤالاً

أقطع، ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة إلى البداية فصار المولى متلفاً فيصير مسترداً، وهذا مشكل لأن السراية إنما تنقطع باعتبار تبدّل الملك لاختلاف المستحقين، والغصب ليس بسبب للملك وضعاً والغاصب لا يملكه إلا بأداء الضمان ضرورة، كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد وذلك بعد ملك المولى البدل ولم يوجد، تحقيقه أن معنى قولهم: بقطع السراية أن ما حصل من التلف بالسراية يكون هدراً إلا أن ينسب ذلك إلى غير الجاني.

قال رحمه اللّه: (**غصب محجور مثله فمات في يده ضمن**) أي إذا غصب العبد المحجور عليه عبداً محجوراً عليه فمات المغصوب في يد الغاصب ضمن الغاصب لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله وهذا من أفعاله فيضمن.

قال رحمه اللّه: (**مدبر جنى عند غاصبه** ثم عند سيده ضمن قيمته لهما) أي إذا غصب رجل مدبراً فجنى عنده جناية ثم ردّه على مولاه فجنى عنده جناية أخرى ضمن المولى قيمته لولي الجنايتين فيكون بينهما نصفين لأن موجب جناية المدبر وإن كثرت قيمة واحدة فيجب ذلك على المولى، لأنه هو الذي أعجز نفسه عن الدفع بالتدبير السابق **من غير أن يصير مختاراً للفداء** كما في القن إذا أعتقه بعد الجنايات من غير أن يعلمها، وإنما كانت القيمة بينهما نصفين لاستوائهما في السبب.

وجواباً فقال: فإن قيل: إذا مات من جراحة المولى فلم لا يجعل كأنه قتله فلا يجب شيء عليه، قيل له: الغصب صار فاصلاً بين القطع والهلاك فلا يستند الهلاك إلى القطع فصار في حق الغاصب كأن العبد مات بآفة سماوية اهـ **قوله: (فيصير كأنه مات بآفة سماوية)** ألا ترى أن رجلاً لو قطع يد عبده ثم باعه فمات في يد المشتري مات من مال المشتري، لأن قبض المشتري صار فاصلاً بين القطع والهلاك فكذا هذا اهـ غاية. **قوله في المتن: (غصب محجور مثله فمات في يده ضمن)** وهذا إذا كان الغصب ظاهراً فيضمن في الحال يباع فيه لأن أفعال العبد معتبرة، ولو كان الغصب ظهر بإقراره لا يجب إلا بالعتق، وكذا قال الفقيه أبو الليث وذلك لأن الرق يوجب الحجر في الأقوال دون الأفعال، وإن أقر العبد المحجور بحد أو قصاص لزمه في الحال لأنه مبقى في ذلك على أصل الحرية، وقد مر ذلك في كتاب الحجر اهـ غاية. **قوله في المتن: (مدبر جنى عند غاصبه إلخ)** قال الإتقاني: صورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي اللّه عنه في مدبر لرجل غصبه رجل فجنى عنده جناية ثم ردّه إلى المولى، فجنى عنده جناية أخرى قال: على المولى قيمته نصفان بين وليي الجنايتين ثم يرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب فيأخذه فيدفعه إلى ولي الجناية الأولى ثم يرجع به على الغاصب فيأخذه منه أيضاً، وقال محمد: يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة فيسلم له ولا يدفعه إلى أحد، وإذا كان جنى عند المولى أوّلاً ثم

قال رحمه اللّه: (ورجع بنصف قيمته على الغاصب) أي رجع المولى بنصف ما ضمن من قيمة المدبر على الغاصب لأنه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب كان عند الغاصب والنصف الآخر بسبب وجد عنده فيرجع عليه بسبب لحقه من جهة الغاصب فصار كأنه لم يردّ نصف العبد لأن ردّ المستحق بسبب وجد عند الغاصب كلا ردّ.

قال رحمه اللّه: (ودفعه إلى الأوّل) أي دفع المولى نصف القيمة التي أخذها من الغاصب إلى ولي الجناية الأولى وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما اللّه، قال محمد رحمه اللّه: لا يدفعها إليه لأن الذي يرجع بها المولى على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الأولى لأنه إنما رجع على الغاصب بسبب ذلك فلا يدفع إليه، كي لا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكي لا يتكرر الاستحقاق، ولهما أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى عليه لا يزاحمه أحد فيستحق كله وإنما انتقص باعتبار مزاحمة الثاني **فإذا وجد** شيئاً من بدل العبد في يد المالك فارغاً عن الحق أخذه **ليتم حقه**، وقوله: عوض ما سلم لولي الجناية الأولى قلنا: هو كذلك لكن ذلك في حق المولى والغاصب لأن ما أخذه المولى من الغاصب عوض المدفوع إلى ولي الجناية الأولى، وأما في حق المجني عليه فهو عوض ما لم يسلم له، ومثله جائز كالذمي إذا باع خمراً وقضى بثمنها دين مسلم يجوز له أخذه لأن تلك الدراهم ثمن الخمر في حق الذمي وبدل الدين في حق المسلم.

قال رحمه اللّه: (ثم رجع به على الغاصب) أي رجع المولى بذلك الذي دفعه إلى ولي الجناية الأولى **ثانياً** على الغاصب عندهما لأنه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب فيرجع عليه بذلك فصار كأنه لم يردّ ولم يضمن له شيئاً إذا لم يبق شيء من العبد أو من بدله في يده.

غصبه رجل فجنى عنده جناية قال: على المولى قيمته نصفين بين وليي الجنايتين ثم يرجع بنصف القيمة فيدفعها إلى ولي الجناية الأولى ولا يرجع به في قولهم جميعاً إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير، وينبغي أن يكون وجوب القيمة على المولى إذا كانت القيمة أقل من الأرش لأن حكم جناية المدبر أن يلزم الأقل منهما على المولى فنقول بعد ذلك إنما وجب على المولى قيمة المدبر بين وليي الجنايتين. **قوله: (من غير أن يصير مختاراً للفداء)** فيصير مبطلاً حق أولياء الجناية فيه ولم يمنع إلا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها اهـ هداية. **قوله: (فإذا وجد)** أي ولي الجناية الأولى اهـ **قوله: (ليتم حقه)** لأنه تقدم

قال رحمه اللّه: (وبعكسه لا يرجع به ثانياً) أي بعكس ما ذكر لا يرجع المولى على الغاصب بالقيمة **ثانياً**، وصورته أن المدبر جنى عند مولاه أوّلاً فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى ثم ردّه على المولى ضمن قيمته لولي الجنايتين، فيكون بينهما نصفين ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة لأنه استحق عليه بسبب كان في يد الغاصب فيدفعه إلى ولي الجناية الأولى بالإجماع، أما عندهما فظاهر لما بينا، وأما عند محمد رحمه اللّه فإنما امتنع الدفع إلى ولي الجناية الأولى في المسألة الأولى كي لا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد على ما بينا، وهنا لا يلزم ذلك لأن ما أخذه من الغاصب عوض ما دفع إلى ولي الجناية/ الثانية فإذا دفعه الى ولي [٢٦٤/أ/٣] الأولى لا يجتمع البدلان في ملك واحد وفي الأولى يجتمع لأنه عوض ما أخذه هو بنفسه ثم إذا دفعه إلى ولي الأولى لا يرجع به على الغاصب بالإجماع وهو المراد بقوله وبعكسه لا يرجع به ثانياً أما عند محمد فظاهر لأنه لم يرجع في المسألة الأولى عنده ثانياً لأن المولى لما لم يدفع ما أخذه من الغاصب إلى ولي الأولى سلم له ما أخذه من الغاصب فلم يتصور الرجوع عليه وهنا لم يسلم له بالإجماع ومع هذا لا يرجع على الغاصب بالإجماع بما دفع ثانياً لأن الذي دفعه المولى إلى ولي الجناية الأولى ثانياً هنا بسبب جناية وجدت عنده فلا يرجع به على أحد بخلاف المسألة الأولى عندهما لان دفع المولى ثانياً إلى ولي الجناية الأولى فيها بسبب جناية وجدت عند الغاصب فيرجع عليه به لما ذكرنا.

قال رحمه اللّه: (والقن كالمدبر غير أن المولى يدفع العبد هنا وثمة القيمة) أي العبد القن فيما ذكرنا كالمدبر ولا فرق بينهما إلا أن المولى يدفع القن،وفي المدبر القيمة حتى إذا غصب رجل عبداً قناً فجنى في يده ثم ردّه على المولى فجنى عنده جناية أخرى فإن المولى يدفعه إلى ولي الجنايتين، ثم يرجع على الغاصب بنصف قيمته فيدفعه إلى الأوّل ثم يرجع به على الغاصب عندهما وعند محمد رحمه اللّه لا يدفع ما أخذه من الغاصب إلى ولي الأولى بل يسلم له فلا يتصوّر الرجوع على الغاصب، ثانياً عنده على ما ذكرنا في المدبر وإن جنى عند المولى أوّلاً ثم غصبه فجنى في يده ثم ردّه إلى المولى دفعه إلى ولي الجنايتين نصفين ثم يرجع بنصف قيمته على الغاصب فيدفعه إلى ولي الأولى، ولا يرجع به ثانياً على الغاصب لما ذكرنا.

قال رحمه اللّه: (مدبر جنى عند غاصبه فردّه فغصبه فجنى عنده على سيده

على الولي اهـ **قوله: (ثانياً)** متعلق بدفع لا بالمأخوذة اهـ.

قيمته لهما) معناه إذا غصب رجل مدبراً فجنى عنده جناية فردّه على المولى ثم غصبه ثانياً فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بين ولي الجنايتين نصفين لأنه منعه بالتدبير فوجب عليه قيمته على ما بيناه.

قال رحمه اللّه: (ورجع بقيمته على الغاصب) لأن الجنايتين كانتا في يد الغاصب فاستحق كله بسبب كان في يده فيرجع عليه بالكل بخلاف المسائل المتقدّمة فإنه هناك استحق النصف بسبب كان عنده والنصف بسبب كان في يد المالك فيرجع بالنصف لذلك.

قال رحمه اللّه: (ودفع نصفها إلى الأوّل) أي دفع المولى نصف القيمة المأخوذة من الغاصب ثانياً إلى ولي الجناية الأولى لأنه استحق كل القيمة لعدم المزاحم عند وجود جنايته، وإنما انتقص حقه بحكم المزاحمة من بعد.

قال رحمه اللّه: (ورجع بذلك النصف على الغاصب) أي رجع المولى بالنصف الذي دفعه ثانياً إلى ولي الجناية الأولى على الغاصب لأن استحقاق هذا النصف ثانياً بسبب كان في يد الغاصب فيرجع به عليه ويسلم له ذلك، ولا يدفعه إلى ولي الجناية الأولى لأنه استوفى حقه، ولا إلى ولي الثانية لأنه لا حق له إلا في النصف لسبق حق الأوّل عليه وقد وصل ذلك إليه، وهذا لأن الثاني لم يستحق إلا النصف لوجود المزاحم وقت وجود جنايته، والمزاحمة موجودة فيبقى على ما كان بخلاف ولي الأولى لأنه استحق الكل وقت الجناية عليه، وإنما رجع حقه إلى النصف للمزاحمة فإذا وجد شيئاً من بدل العبد أخذه حتى يستوفي حقه، ثم قيل: هذه المسألة على الخلاف **كالأولى وقيل: على الاتفاق والفرق لمحمد رحمه اللّه أن الذي يرجع به** ولي الجناية الأولى عوض ما سلم له في المسألة الأولى لأن الثانية كانت في يد المالك فلو دفع إليه ثانياً يتكرر الاستحقاق، أما في هذه المسألة **فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية** لأنها كانت في يد الغاصب فلا يؤدي إلى ما ذكرنا.

قوله: (كالأولى) يعني قال بعض المشايخ: يتحقق في هذه المسألة خلاف محمد أيضاً كما في المسألة الأولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب، ولا يأخذ ولي الجناية الأولى باقي حقه اهـ غاية. **قوله: (وقيل: على الاتفاق)** وهذا هو الصحيح لأن محمداً ذكر هذه المسألة في الجامع الصغير بلا خلاف، وهكذا قرر هذه المسألة بلا خلاف فخر الإسلام وغيره في شروح الجامع الصغير اهـ غاية. **قوله: (والفرق لمحمد رحمه اللّه أن الذي يرجع به)** أي لو قيل: بالرجوع اهـ **قوله: (فيمكن أن يجعل عوضاً عن الجناية الثانية)** أي عما أخذه ولي الجناية الثانية هذا الذي يظهر اهـ من خط قارئ الهداية. **قوله في**

قال رحمه الله: (غصب صبياً حراً فمات في يده فجأة أو بحمى لم يضمن، وإن/ مات بصاعقة أو نهشة حية فديته على عاقلة الغاصب) وهذا استحسان، [٢٦٤ ب/٣] والقياس أن لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله **لأن الغصب في الحر لا يتحقق**، ألا ترى أنه لا يتحقق في المكاتب، وإن كان صغيراً لكونه حراً يداً مع أنه رقيق رقبة فالحر يداً ورقبة أولى أن لا يضمن به، وجه الاستحسان أن هذا ضمان إتلاف لا ضمان غصب والصبي يضمن بالإتلاف، وهذا لأن نقله إلى أرض مسبعة أو إلى مكان الصواعق إتلاف منه تسبيباً **وهو متعدّ فيه بتفويت يد الحافظ** وهو الولي فيضمن، وهذا لأن الحيات والسباع والصواعق لا تكون في كل مكان فأمكن حفظه عنه، فإذا نقله إليه وهو متعد فيه فقد أزال حفظ الولي عنه فصار متعدياً فيضاف إليه لأن شرط العلة بمنزلة العلة إذا كان تعدّياً كالحفر في الطريق، بخلاف الموت فجأة أو بحمى لأن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن **حتى لو نقله إلى مكان يغلب فيه الحمى والأمراض** نقول: إنه يضمن وتجب الدية على العاقلة لكونه قتلاً تسبيباً بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه وإن كان صغيراً فهو ملحق بالكبير، ألا ترى أنه لا يزوّج إلا برضاه كالحر البالغ والحر الصغير يزوّجه وليه بدون رضاه وهو عاجز عن حفظ نفسه، فإذا أخرجه من يد الولي فمات مما يمكن التحرز عنه يضمن والمكاتب لا يعجز عن حفظ نفسه فلا يضمن بالغصب كالحر الكبير حتى لو لم يمكنه من حفظ نفسه بما صنع به من قيد، ونحوه يضمن المكاتب والحر الكبير أيضاً كما يضمن الصغير لأنه حينئذٍ يكون التلف مضافاً إلى الغاصب بتقصير حفظه.

قال رحمه الله: (كصبي أودع عبداً فقتله) أي يضمن عاقلة الغاصب كما يضمن عاقلة الصبي إذا قتل عبداً أودع عنده، وإن أودع طعاماً فأكله لم يضمن، وهذا الفرق بين العبد المودع والطعام المودع قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف والشافعي: يضمن الصبي المودع في الوجهين **وعلى هذا لو أودع العبد** المحجور عليه مالاً، فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويؤاخذ به بعد العتق، وعند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله يؤاخذ

المتن: (غصب صبياً إلخ) قال الإتقاني: وأراد بغصب الصبي أخذه بسبيل التعدي لأن حقيقة الغصب وهو أخذ مال الغير بسبيل التعدي لا يكون إلا في المال لا في غيره اهـ **قوله: (لأن الغصب في الحر لا يتحقق)** فلا يضمن قياساً على ما لو مات فجأة أو مات بحمى اهـ غاية. **قوله: (وهو متعدّ فيه بتفويت يد الحافظ)** أي لأنه أخذه بلا إذن الولي اهـ غاية. **قوله: (حتى لو نقله إلى مكان يغلب فيه الحمى والأمراض)** قالوا: ينبغي أن يضمن اهـ غاية. **قوله: (وعلى هذا لو أودع العبد إلخ)** قال الإسبيجابي في شرح الطحاوي في كتاب الوديعة: ومن

به في الحال **وعلى هذا الخلاف الإقراض** في العبد والصبي وكذا الإعارة فيهما **ثم محمد** رحمه الله **في الجامع الصغير شرط أن يكون الصبي** عاقلاً، **وفي الجامع الكبير** وضع المسألة في صبي عمره اثنتا عشرة سنة **وذلك دليل** على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق لأن التسليط غير معتبر فيه وفعله معتبر لأبي يوسف والشافعي رحمهما الله أنه أتلف مالاً متقوماً معصوماً حقاً للمالك فيجب عليه ضمانه، كما إذا كانت الوديعة عبداً أو كان الصبي مأذوناً له في التجارة أو في الحفظ من جهة الولي، وكما إذا أتلفه غيره في يده ولو لم يكن معصوماً لما ضمنه لأن المال الذي سلط الغير فيه على استهلاكه بمنزلة المباح حتى لا يضمنه من استهلكه لثبوت ولاية الاستهلاك فيه لكل أحد، ولهما أنه أتلف مالاً غير معصوم فلا يؤاخذ بضمانه، كما إذا أتلفه بإذنه ورضاه وهذا

أودع عند صبي مالاً فهلك عنده لا ضمان عليه بالإجماع، ولو استهلكه الصبي فإنه ينظر إن كان الصبي مأذوناً له في التجارة ضمن عندهم جميعاً، وإن كان محجوراً عليه ولكنه قبل الوديعة بإذن وليه ضمن بالإجماع، وإن كان قبل بغير إذن وليه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد لا للحال ولا بعد الإدراك، وعند أبي يوسف يضمن في الحال وأجمعوا أنه لو استهلك مال الغيرمن غير أن يكون وديعة عنده ضمن للحال، ولو كانت الوديعة عبداً فقتله الصبي كانت ديته على عاقلته بالإجماع ولو جنى عليه فيما دون النفس كان أرشه في مال الصبي بالإجماع، ولو أودع عند عبد وديعة فهلك عنده فلا ضمان عليه بالإجماع، ولو استهلكه إن كان مأذوناً له في التجارة أو محجوراً عليه ولكنه قبل الوديعة بإذن مولاه لا يضمن في الحال، ولكن يضمن بعد العتق إن كان بالغاً عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يضمن في الحال وأجمعوا أنه لو استهلك من غير إيداع ضمن وأجمعوا إن كانت الوديعة عبداً فجنى عليه في النفس أو فيما دون النفس يؤاخذ به ويطالب مولاه بالدفع أو الفداء اهـ **قوله: (وعلى هذا الخلاف الإقراض إلخ)** قال الإتقاني: والاختلاف في الإيداع والإعارة والقرض والبيع وكل وجه من وجوه التسليم إليه واحد كذا قال فخر الإسلام اهـ **قوله: (ثم محمد في الجامع الصغير شرط أن يكون الصبي إلخ)** وصورة ما قاله في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل قد أودع صبياً قد عقل طعاماً فأكله قال: لا ضمان عليه وإن أودع غلاماً فقتله قال: هو ضامن لقيمته على العاقلة إلى هنا لفظ أصل الجامع اهـ قال فخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير: ودلت المسألة على أن الاختلاف في الصبي الذي يعقل، فأما الذي لا يعقل فيجب أن يضمن بالإجماع لأن تسليطه هدر وفعله معتبر اهـ إتقاني. **قوله: (وفي الجامع الكبير إلخ)** والغالب ممن بلغ هذا السن أن يكون عاقلاً اهـ **قوله: (وذلك دليل إلخ)** تبع فيه صاحب الهداية، وقال الإتقاني رحمه الله: وهذا الذي قاله صاحب الهداية هو مذهب فخر الإسلام وقال بعض

لأن العصمة ثبتت حقاً له، وقد فوّتها على نفسه حيث وضعه في يد غير مانعة فلم تبق معصومة إلا إذا أقام غيره مقام نفسه في الحفظ، ولا إقامة هنا لأنه لا ولاية له على الصبي حتى يلزمه، ولا للصبي على نفسه حتى يلتزم بخلاف المأذون له لأن له ولاية على نفسه كالبالغ، **وبخلاف ما إذا كانت الوديعة** عبداً لأن عصمته لحق نفسه إذ هو مبقى على أصل الحرية في حق الدم فكانت عصمته لحق نفسه لا للمالك لأن عصمة المالك إنما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط، وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يقدر أن يمكن غيره من ذلك فلا يعتبر تسليطه فيضمنه الصبي باستهلاكه، بخلاف سائر الأموال والله أعلم بالصواب.

باب القسامة

قال رحمه الله: (**قتيل وجد في محله** لم يدر قاتله حلف خمسون رجلاً منهم يتخيرهم الولي بالله/ ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً) هذا على سبيل الحكاية عن الجمع، [٢٦٥ أ/٣]

مشايخنا: إن الصبي إذا لم يكن عاقلاً لا يضمن في قولهم وإليه ذهب قاضيخان في شرح الجامع الصغير اهـ **قوله**: (**وبخلاف ما إذا كانت الوديعة إلخ**) وبخلاف ما إذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي لأنه سقطت العصمة بالإضافة إلى الصبي دون غيره اهـ هداية. قوله دون غيره كمن عليه القصاص تسقط عصمة دمه في حق من وجب له القصاص فحسب حتى بقي معصوم الدم في حق غيره اهـ غاية.

باب القسامة

لما كان أمر القتل يؤول إلى القسامة إذا لم يعرف قاتله شرع في بيانها لأنه يحتاج إليها على ذلك التقدير، ثم القسامة عبارة عن الأيمان التي تعرض على خمسين رجلاً من أهل المحلة أو الدار إذا وجد فيها قتيل لم يعرف قاتله، فإن لم يبلغ الرجال خمسين رجلاً تكرر اليمين إلى أن تتم خمسين يميناً، وسببها وجود قتيل لا يدرى قاتله في محلة أو دار أو في موضع يقرب إلى القرية بحيث يسمع الصوت منه، وشرطها أن يكون الذي يقسم رجلاً عاقلاً بالغاً حراً حتى لا تجب القسامة على المرأة والمجنون والصبي والعبد، ومن شرطها أن يكون بالميت أثر القتل نحو الضرب والقتل والجراحة فإذا لم يكن الأثر موجوداً فهو ميت لا قتيل فلا قسامة فيه ولا دية، ومن شرطها أيضاً تكميل خمسين يميناً كما بينا، وركنها أن يقول من يقسم بالله: ما قتلت ولا علمت له قاتلاً لأن ركن الشيء ما يقوم به ذلك الشيء ولا قيام للقسامة إلا بها، وحكمها وجوب الدية في ثلاث سنين عندنا، وشرعيتها ثبتت بالأحاديث الصحيحة وبالإجماع اهـ غاية. **قوله في المتن**: (**قتيل وجد في**

وأما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلاً لجواز أنه قتله وحده فيجترئ على يمينه بالله ما قتلنا يعني جميعاً، ولا يعكس لأنه إذا قتله مع غيره كان قاتلاً له، وقال الشافعي رحمه الله: إذا كان هناك لوث استحلف الأولياء خمسين يميناً ويقضي لهم بالدية على المدّعى عليه عمداً كانت الدعوى أو خطأ، وقال مالك رحمه الله: يقضي بالقود إذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله، واللوث عندهما أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدّعي من عداوة ظاهرة أو يشهد عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه وإن لم يكن ثَمَ لوث يستحلف المدعى عليهم فإن حلفوا لا دية لهم، وإن أبوا أن يحلفوا استحلف المدعون واستحقوا ما ادّعوا لما روي «أن عبد الله ابن سهل وجد قتيلاً في قليب من قلب خيبر فقال عمه: يا رسول الله إنا وجدنا عبدالله بن سهل قتيلاً في قليب من قلب خيبر وذكر عداوة يهود لهم فقال: أفتبرئكم يهود بخمسين يميناً أنهم لم يقتلوه قال: قلت: فكيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون قال: فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه قالوا: كيف نقسم على ما لم نر فوداه رسول الله ﷺ من عنده»[1]، وفي رواية قال عليه الصلاة والسلام: «حين أخبر بذلك أتحلفون خمسين يميناً وتستحقون دم قاتلكم أو صاحبكم قالوا: يا رسول الله لم نشهد، ولم نحضر قال رسول الله ﷺ: أفتبرئكم يهود بخمسين يميناً قالوا: يا رسول الله كيف نقبل أيمان قوم كفار»[2]، **ولأن اليمين تجب على من يشهد له**

محلة إلخ) قال أبو الحسن الكرخي في مختصره: قال ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد: سمعنا أبا يوسف قال في القتيل: يوجد في المحلة أو في دار رجل في المصر فإن أبا حنيفة، قال في ذلك: إذا كانت به جراحة أو أثر ضرب أو أثر خنق، فإن هذا قتيل وفيه القسامة على عاقلة رب الدار إذا وجد في الدار أو على عاقلة المحلة إذا وجد في المحلة يقسم كل رجل منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلاً ثم يغرمون الدية في ثلاث سنين على أهل الديوان في كل سنة الثلث، والذين يحلفون خمسون رجلاً يتخيرهم من العاقلة وليّ الدم، فإن نقصوا عن الخمسين كررت عليهم الأيمان حتى تكمل خمسين يميناً، وليس يحلف فيهم صبي لم يبلغ ولا امرأة ولا عبد ثم قال الكرخي فيه: وإن كان ميتاً ليس فيه أثر ولا جراحة فليس في هذا قسامة ولا دية، هذا ميت وإن كان أهل المحلة فيهم الفاسق والصالح فالخيار في استحلافهم إلى الورثة يختارون أهل الصلاح إن أحبوا حتى

---

(١) أخرجه النسائي في القسامة (٤٧١٧).

(٢) أخرجه البخاري في الجزية والموادعة (٣١٧٣)، ومسلم في القسامة والمحاربين والقصاص والديات (١٦٦٩)، والترمذي في الديات (١٤٢٢).

الظاهر، ولهذا تجب على صاحب اليد فإذا كان الظاهر شاهداً للولي يبدأ بيمينه وردّ اليمين على المدّعي أصل له، كما في النكول إلا أن هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فتجب الدية، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «لو أعطي الناس بدعواهم لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدّعي واليمين على من أنكر»[١]، فسوّى في ذلك بين الدماء والأموال وحكم فيهما بحكم واحد، وروى ابن المسيب أن النبي ﷺ «بدأ باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم»[٢]، ولأن اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق، ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فكيف يستحق به النفس المحترمة وما روياه ضعفه جماعة من أهل الحديث فلا يلزم حجة، ولئن ثبت إنما قال ذلك على سبيل الاستفهام إنكاراً عليهم لما لم يرضوا بأيمانهم فكأنه قال لهم: إن اليهود وإن كانوا كفاراً ليس عليهم فيما تدعون عليهم غير أيمانهم، وكما لا تقبل منكم وإن كنتم مسلمين أيمانكم فتستحقون بها كذلك لا يجب على اليهود بدعواكم عليهم غير أيمانهم، والدليل على صحة هذا التأويل حكم عمر رضي اللّه عنه به بعد النبي ﷺ بحضرة الصحابة رضي اللّه عنهم من غير إنكار أحد منهم فصار إجماعاً ومحال أن يكون علم ذلك عندهم، ولا يخبرونه به **إذ قال**: لوادعة في قتيل وجد بين **وادعة وحي آخر** يحلف خمسون رجلاً منكم باللّه ما قتلنا ولا علمنا له قاتلاً ثم **قال**: **اغرموا** فقال له الحرث: نحلف وتغرمنا فقال: نعم وهذا نص على ما قلنا، وقوله: يتخيرهم الولي في المختصر نص على أن الخيار إلى الولي لأن اليمين حقه، والظاهر أن يختار من يتهمه بالقتل أو أهل الخبرة بذلك أو صالحي أهل المحلة لما أن تحرزهم عن اليمين

يستحلفوهم فإن كان أهل الصلاح لا يتمون خمسين وأرادوا أن يردّوا عليهم الأيمان فليس لهم ذلك ولهم أن يتخيروا من الباقين تمام خمسين رجلاً إلى هنا لفظ الكرخي اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولأن اليمين تجب على من يشهد له الظاهر**) بدليل المدعى عليه في سائر الحقوق وفي مسألتنا الظاهر يشهد للمدعي لأنه إذا كان هناك لوث يغلب على ظن المستمع والرائي أنه صادق في قوله فيجب أن يثبت اليمين في حقه، ولكن هذه دلالة فيها شبهة فلا يجب القصاص بالشبهة في الجديد وتجب الدية اهـ إتقاني. **قوله**: (**إذ قال**) أي عمر بن الخطاب اهـ إتقاني. **قوله**: (**وادعة**) حيّ من همدان اهـ **قوله**: (**وحيّ آخر**) والقتيل إلى وادعة أقرب اهـ غاية. **قوله**: (**ثم قال: اغرموا**) حتى قالوا لعمر رضي اللّه عنه لما قضى عليهم بالدية: لا أيماننا تدفع عن أموالنا ولا أموالنا تدفع عن أيماننا، فقال عمر: أما أيمانكم فلحقن

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه أبو داود في الديات (٤٥٢٦).

الكاذبة أبلغ فيظهر القاتل، ولو اختاروا أعمى أو محدوداً في قذف جاز لأنها يمين وليست بشهادة بخلاف اللعان فإنه شهادة فلا تلاعن بين المحدود وبين امرأته إذ ليس هو من أهلها.

قال رحمه اللّه: (فإذا حلفوا فعلى أهل المحلة الدية ولا يحلف الولي) وقال الشافعي رحمه اللّه: يحلف الولي بعدما حلف أهل المحلة فإذا / [٢٦٥ ب/٣] حلف الأولياء قضى لهم بالدية، فلا تجب بمجرد يمين أهل المحلة لقوله عليه الصلاة والسلام: «في حديث عبد اللّه بن سهل رضي اللّه عنه تبرئكم اليهود بأيمانها»[١]، ولأن اليمين عهد في الشرع مبرئاً للمدعى عليه لا ملزماً له كما في سائر الدعاوى، ولنا ما روينا من الخبر والأثر وقوله عليه الصلاة والسلام: تبرئكم اليهود محمول على الإبراء عن القصاص والحبس، واليمين مشروعة لتعيين القاتل لا لتجب الدية عند نكولهم حتى تنتفي باليمين لأن الدية وجبت بالقتل الموجود منهم ظاهراً أو لتقصيرهم عن المحافظة على ما عرف في القتل خطأ، ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف لأن اليمين مستحقة عليه فيه لذاته تعظيماً لأمر الدم، ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الأموال لأن اليمين بدل عن أصل حقه، ولهذا يسقط ببذل المدّعى عليه المال المدّعي وفيما نحن فيه لا يسقط ببذله الدية، هذا الذي ذكرناه إذا ادّعى الولي القتل على جميع أهل المحلة، وكذا إذا ادّعى على البعض لا بأعيانهم القتل **عمداً أو خطأ** لأن المدّعى عليهم لا يتميزون عن الباقي، **ولو ادّعى على البعض بأعيانهم** القتل عمداً أو خطأ **فكذلك الجواب وإطلاق الكتاب** يدل على ذلك، وعن أبي يوسف رحمه اللّه في غير رواية الأصول أن القسامة والدية تسقط عن الباقين من أهل المحلة

دمائكم، وأما أموالكم فلوجود القتيل بين أظهركم اهـ إتقاني. **قوله**: (**عمداً أو خطأ**) أي وجوب القسامة والدية فيما إذا كانت دعوى القتل على أهل المحلة جميعاً أو على بعضهم لا بأعيانهم، سواء كانت الدعوى في العمد أو في الخطأ لأن البعض إذا لم يكن معيناً لا يتميز عن البعض الآخر فصار كما إذا ادّعى على الجميع اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولو ادّعى على البعض بأعيانهم**) سيأتي حكمه في المتن آخر الباب اهـ **قوله**: (**فكذلك الجواب**) يعني تجب القسامة والدية اهـ إتقاني. **قوله**: (**وإطلاق الكتاب إلخ**) قال الإتقاني رحمه اللّه: عند قوله: يدل عليه إطلاق الجواب في الكتاب أي في كتاب القدوري أشار به إلى ما ذكر بقوله، وإذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلاً منهم، إلخ لأنه أطلق وجوب القسامة والدية على أهل المحلة، ولم يقيد الدعوى بالوقوع على الجميع أو على البعض لا بأعيانهم أو بأعيانهم، وأجاب في المبسوط كذلك أعني أوجب القسامة والدية

---

(١) تقدم تخريجه.

ويقال للولي: ألك بينة فإن قال: لا يستحلف المدّعى عليه يميناً واحدة، وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمه اللّه مثله **ووجهه أن القياس يأباه** لاحتمال وجود القتل من غيرهم، **وإنما عرف** بالنص **إذا كان** في مكان ينسب إلى المدّعى عليهم وفيما وراءه **بقي على أصل القياس**، ولأن دعواه إبراء لهم حيث ادّعى معرفة من قتله وصار كما إذا ادّعى القتل على واحد **من غيرهم**، **وفي الاستحسان تجب القسامة** والدية على أهل المحلة لأنه لا فصل في إطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فيجبان بإطلاق النصوص لا بالقياس، بخلاف ما إذا ادّعى على واحد من غيرهم لأنه ليس فيه نص فلو أوجبناهما لأوجبناهما بالقياس وهو ممتنع، ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادّعاه إذا كان له بينة وإن لم يكن له بينة استحلف يميناً واحدة لأنه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس، ثم إن حلف برئ وإن نكل ففي دعوى المال يثبت، وفي دعوى القصاص **فهو على الاختلاف الذي ذكرناه** في كتاب الدعوى.

قال رحمه اللّه: (**وإن لم يتم العدد كرّر الحلف عليهم ليتم خمسين يميناً**) لأن الخمسين واجب بالنص فيجب إتمامها ما أمكن ولا يشترط فيه الوقوف على الفائدة فيما ثبت بالنص، وقد روي عن عمر رضي اللّه عنه لما قضى بالقسامة وافى عنده تسعة وأربعون رجلاً فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية، وعن شريح والنخعي رحمهما اللّه مثل ذلك ولأن فيه استعظاماً لأمر الدم فيكمل،

فيما إذا كانت الدعوى على البعض بعينه، قال القدوري في كتاب التقريب: قال في الأصل: إذا ادّعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه فالقسامة والدية بحالها اهـ **قوله**: (**ووجهه أن القياس يأباه**) أي وجوب القسامة على أهل المحلة اهـ **قوله**: (**وإنما عرف**) أي وجوب القسامة اهـ **قوله**: (**إذا كان**) أي الدعوى عليهم جميعاً اهـ غاية. **قوله**: (**بقي على أصل القياس**) فلم تجب القسامة اهـ إتقاني. **قوله**: (**من غيرهم**) أي غير أهل المحلة فإنه لا تجب القسامة فيه اهـ **قوله**: (**وفي الاستحسان تجب القسامة إلخ**) فيما إذا كان الدعوى على البعض بعينه اهـ إتقاني. **قوله**: (**فهو على الاختلاف الذي ذكرناه إلخ**) بين أبي حنيفة وصاحبيه، بيانه: أنه إذا ادّعى قصاصاً على غيره فجحد استحلف لقوله عليه الصلاة والسلام: «واليمين على من أنكر»[1] فإن نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص عند أبي حنيفة خلافاً لأبي يوسف ومحمد فعندهما يجب الأرش بناء على اختلافهم في معنى النكول، فعند أبي حنيفة أنه في معنى البذل وبذل ما دون النفس يصح من طريق الحكم، ألا نرى أن من أذن لرجل في قطع يده ففعل لم يلزمه قصاص ولا ضمان كما لو استوفاه بحق، فإذا صح بذله جاز استيفاؤه بالنكول كالأموال، وعلى قولهما النكول قائم مقام الإقرار وليس بصريح فيه

---

(١) تقدم تخريجه.

وتكرار اليمين من واحد على سبيل الوجوب ممكن شرعاً كما في كلمات اللعان، وإن كان العدد كاملاً فأراد الولي أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك لأن المصير إلى التكرار ضرورة الإكمال وقد كمل.

قال رحمه الله: (ولا قسامة على صبي ومجنون وامرأة وعبد) لأنهم ليسوا من أهل النصرة وإنما هم أتباع والنصرة لا تقوم بالاتباع واليمين على أهل النصرة، ولأن الصبي والمجنون ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول.

قال رحمه الله: (**ولا قسامة ولا دية في ميت لا أثر به** أو يسيل دم من فمه أو أنفه أودبره بخلاف عينه وأذنه) لأن القسامة تجب في القتيل، وهذا ليس بقتيل وإنما مات حتف أنفه وفي مثله لا قسامة ولا غرامة **لأن الغرامة** تتبع فعل العبد والقسامة لاحتمال القتل منهم فلا بدّ من أثر يكون / بالميت يستدل به على أنه قتيل، وذلك [٢٦٦ أ/٣]

بدليل افتقاره إلى حكم الحاكم، والإقرار حكمه ثابت بنفسه والإقرار لا يثبت بما قام مقام الغير ومتى تعذر استيفاء القصاص وجب المال كدم العمد المشترك إذا عفا أحد الشريكين، وإن نكل في النفس حبس حتى يقر أو يحلف أو يموت جوعاً عند أبي حنيفة وقالا: يلزمه الأرش كما في النكول في الطرف، وقد كان القياس عند أبي حنيفة أن يقتص منه لما مر فيما دون النفس، وإنما استحسن في إسقاط القصاص استعظاماً لحرمة النفس، ألا ترى أنه تعلق بها ما لم يتعلق بغيرها من تكرار الأيمان ووجوب الكفارة فلذلك افترقا، وإنما قال: يحبس لأن اليمين قد تكون نفس الحق بدليل اجتماع الدية والقسامة في القتيل الذي يوجد في المحلة، وإذا جاز أن يكون نفس الحق فمتى امتنع من إيفائها وتعذر الحكم بموجب نكوله وجب أن يحبس وعلى قولهما لما تعذر استيفاء القصاص وجب المال اهـ إتقاني رحمه الله. **قوله في المتن: (وإن لم يتم العدد كرر الحلف عليهم إلخ)** وإن كان أهل المحلة فيهم الفاسق والصالح فالخيار في استحلافهم إلى الورثة يختارون أهل الصلاح إن أحبوا حتى يستحلفوهم، فإن كان أهل الصلاح لا يتمون خمسين وأرادوا أن يردّوا عليهم الأيمان فليس لهم ذلك ولهم أن يتخيروا من الباقي تمام خمسين رجلاً إلى هنا لفظ الكرخي اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ليتم خمسين يميناً)** كذا بخط الشارح، وفي غالب نسخ المتن خمسون بالرفع اهـ **قوله في المتن: (ولا قسامة ولا دية في ميت لا أثر به إلخ)** قال فخر الإسلام في شرح الزيادات: ودلالة القتل جراحة توجد أو دم يخرج من عينه أو أذنه أو يصعد من جوفه إلى فيه، فأما ما يخرج من أنفه أو دبره أو ذكره أو ينزل من رأسه إلى فيه فليس يصلح دليلاً على القتل إلى هنا لفظه فعلى ما ذكره ينبغي أن يكون الجواب في الدم الخارج من الفم على التفصيل اهـ غاية. وكتب ما نصه والأصل فيه أن القتيل اسم لميت مات بسبب باشره حي عادة، فإذا وجد في المحل سبب قاتل عادة يوجد من العباد يستدل به على أنه قتيل وإلا فلا وخروج الدم من موضع يخرج منه عادة من غير ضرب لا يكون أثر

بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق فإذا لم يكن به شيء من الأثر لا يكون بفعل البشر فلا يكون قتيلاً، وكذا إذا خرج الدم من فيه أو ذكره أو دبره لأن هذه المخارق يخرج منها الدم عادة فلا يستدل به على أنه قتيل بخلاف، ما إذا خرج الدم من عينه أو أذنه لأنه لا يخرج عادة إلا من شدّة الضرب فيكون قتيلاً ظاهراً فتجري عليه أحكامه وهو المراد بقوله: بخلاف عينه وأذنه، أي بخلاف ما إذا خرج الدم من عينه أو أذنه ولو وجد بدن القتيل كله أو أكثر من نصفه أو النصف ومعه الرأس في محله فعلى أهلها القسامة والدية، وإن وجد نصفه مشقوقاً بالطول أو وجد أقل من النصف كان معه الرأس، أو لم يكن فلا شيء عليهم لأن هذا حكم عرف بالنص، وقد ورد به في البدن ولكن أعطينا للأكثر حكم الكل فأجرينا عليه أحكامه تعظيماً للآدمي والأقل ليس في معناه فلا يلحق به، ولأنا لو اعتبرناه لاجتمعت الديات والقسامات بمقابلة شخص واحد بأن توجد أطرافه في القرى متفرّقة **وهو غير مشروع** فينتفي ما يؤدي إليه **فيجريان** في الأكثر أو النصف مع الرأس لا غير احترازاً عن التكرار، وينبني على هذا صلاة الجنازة لأنها لا تتكرر كالقسامة والدية، **ولو وجد فيهم** جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل المحلة لأنه لا يفوق الكبير حالاً، وإن كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم **لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حياً**، وإن كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لأنه ينفصل ميتاً ظاهراً، وإنما وجبت

القتل، كما إذا أخرج من أنفه أو فمه لأنه قد يكون ذلك من رعاف فلم يصلح دليلاً على وجود سبب المحل، وكذلك إن خرج من دبره لا يكون دليلاً على القتل فإنه قد يكون لعلة في الباطن وقد يكون لا كل شيء غير موافق وكذلك إن خرج من الإحليل لا يكون ذلك دليلاً على القتل لأنه قد يكون ذلك لعرق انفجر في الباطن أو لضعف الكلى أو لضعف الكبد، وقد يكون من شدة الخوف أيضاً، وأما إذا خرج الدم من أذنه أو عينه كان ذلك دليل القتل ظاهراً لأن الدم لا يخرج منهما عادة إلا بضرب حادث اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأن الغرامة**) أراد بها الدية اهـ **قوله**: (**وهو غير مشروع**) أي تكرار الدية والقسامة اهـ **قوله**: (**فيجريان**) أي الدية والقسامة اهـ **قوله**: (**ولو وجد فيهم**) أي لو وجد في المحلة، وكان القياس أن يقال فيها وإنما ذكر بلفظ العقلاء بتأويل إرادة القوم أو الجماعة أو أهل المحلة اهـ غاية. **قوله**: (**لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل حياً**) فيكون قتيلاً ظاهراً لوجود دليل القتل وهو الأثر، ولا يقال: الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق، ولهذا لا يجب في عين الصبي ولسانه وذكره إذا لم تعلم صحته سوى حكومة العدل، ولم يجب ما وجب في السليم منها وإن كان الظاهر سلامتها لأنا نقول: إنما لم يجب في الأطراف قبل أن تعلم الصحة ما يجب في السليم لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال وليس لها تعظيم النفوس

القسامة والدية في تام الخلق بالظاهر ولم تجب الدية في عين الصبي وذكره بالظاهر لأن الأطراف أقل خطراً، ولهذا يسلك بها مسلك الأموال فلا تجب فيما لم تعلم سلامته يقيناً، بخلاف النفس فإن خطرها عظيم فيجب بدلها بالظاهر، ولهذا تجب القسامة والدية من غير تحقق القتل منهم بخلاف الأطراف، ولأن الجنين نفس فاعتبرنا جهة النفس إن انفصل حياً **فيستدل عليه** بتمام الخلق وعضو من وجه فاعتبرنا جهة العضو إن انفصل ميتاً **فيستدل عليه بنقصان الخلق**.

قال رحمه الله: (قتيل على دابة معه سائق أو قائد أو راكب فديته على عاقلته دون أهل المحلة) لأنه في يده فصار كما إذا كان في داره، وإن اجتمع فيها السائق والقائد والراكب كانت الدية عليهم جميعاً، لأن القتيل في أيديهم دون أهل المحلة فصار كما إذا وجد في دارهم، ولا يشترط أن يكونوا مالكين للدابة بخلاف الدار، والفرق أن تدبير الدابة إليهم وإن لم يكونوا مالكين لها وتدبير الدار إلى مالكها وإن لم يكن ساكناً فيها، وقيل: القسامة والدية على مالك الدابة، فعلى هذا لا فرق بينها وبين الدار، وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجب على السائق إلا إذا كان يسوقها مختفياً **لأن الإنسان قد ينقل قريبه** الميت من مكان إلى مكان للدفن، وأما إذا كان على وجه الخفية فالظاهر أنه هو الذي قتله، وإن لم يكن مع الدابة أحد فالدية والقسامة على أهل المحلة الذين وجد فيهم القتيل على الدابة لأن وجوده على الدابة كوجوده في الموضع الذي فيه الدابة.

قال رحمه الله: (وإن مرت دابة عليها قتيل بين قريتين فعلى أقربهما) لما روي أنه عليه الصلاة والسلام أمر في قتيل وجد بين قريتين بأن يذرع فوجد إلى أحدهما أقرب بشبر فقضى عليهم بالقسامة والدية، وكذا عمر رضي الله عنه أمر في قتيل

فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة شيء من القصاص، والدية بخلاف الجنين فإنه نفس من وجه وعضو من وجه فإذا انفصل تام الخلق، وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيماً للنفوس لأن الظاهر أنه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الأثر إذ الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حياً، وأما إذا انفصل ميتاً ولا أثر به فلا يجب فيه شيء لأن حاله لا يفوق حال الكبير، فإذا وجد الكبير ميتاً ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هنا اهـ إتقاني. **قوله:** (**فيستدل عليه**) أي على كونه حياً اهـ **قوله:** (**فيستدل عليه بنقصان الخلق**) فكان الظاهر هاهنا بمنزلة القتل الموجود في المحلة، وبه أثر الجراحة وإن كان يحتمل أنه مات حتف أنفه لا بسبب الجراحة اهـ **قوله:** (**لأن الإنسان قد ينقل قريبه**) تعليل لقوله: لا يجب على السائق، وقوله: إلا إذا كان يسوقها استثناء من قوله: لا يجب على السائق ففهم منه أنه إذا كان السائق يسوقها مختفياً يجب عليه، وعلته تعلم من قوله، وأما إذا كان على وجه الخفية إلخ

وجد بين **وادعة وأرحب** فوجد إلى وادعة أقرب فقضى عليهم بالقسامة، **وقيل: هذا** محمول على ما إذا كانوا بحيث يسمع منه الصوت، وأمَّا إذا كانوا بحيث لا يسمع منه الصوت فلا شيء عليهم لأنهم إذا كانوا بحيث يسمع/ منه الصوت يمكنهم [٢٦٦ ب/٣] الغوث فينسبون إلى التقصير في النصرة، وإذا كانوا بحيث لا يسمع منه الصوت لا يمكنهم الغوث **فلا ينسبون إلى التقصير في النصرة**.

قال رحمه الله: (وإن وجد في دار إنسان فعليه القسامة والدية على عاقلته) لأن الدار في يده وينتصر بعاقلته ولا تدخل السكان في القسامة مع الملاك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، **وقال أبو يوسف رحمه الله: هو عليهم** جميعاً لأن ولاية التدبيرتكون بالسكنى كما تكون بالملك، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام جعل القسامة والدية على اليهود وكانوا سكاناً بخيبر لأنه عليه الصلاة والسلام كان قسم خيبر بين المسلمين، ولهما أن الملاك هم المختصون بنصرة البقعة عادة دون السكان، ولأن سكنى الملاك ألزم وقرارهم أدوم فكانت ولاية التدبير إليهم فيتحقق التقصير منهم، وأما أهل خيبر فالنبي ﷺ كان أقرّهم على أملاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج.

قال رحمه الله: (وهي على **أهل الخطة دون السكان** والمشترين) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وأهل الخطة هم الذين خط لهم الإمام وقسم الأراضي

اهـ **قوله**: (**وادعة وأرحب**) هما حيان من همدان اهـ إتقاني. **قوله**: (**وقيل: هذا إلخ**) قال الإتقاني: قالوا: وهذا إذا كان بحال يسمع الصوت منه اهـ **قوله**: (**فلا ينسبون إلى التقصير في النصرة**) فلا تجب عليهم القسامة والدية ولا يجب شيء على أحد اهـ إتقاني. **قوله**: (**وقال أبو يوسف هي عليهم**) الذي بخط الشارح هو عليهم اهـ **قوله في المتن**: (**وهي على أهل الخطة دون السكان إلخ**) قال في المنظومة في الباب الذي يختص به يعقوب:

وإنما قسامة القتيل على ذوي الخطة والدخيل(١)

قال في الحصر ما نصه: وإذا كان في المحلة أصحاب الخطط والمشترون والسكان فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة على أهل الخطة، حتى لو لم يكن إلا واحد كرر عليه خمسون يميناً والدية على عاقلته لأن مبنى هذا الأمر على التدبير، والرأي والنسبة وذلك إلى أهل الخطة، ألا ترى أنه إذا وجد في دار فهو على مالكها دون خدمه وأجرائه، وإذا وجد في مسجد جامع فعلى جماعة المسلمين وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى: أهل الخطة والمشترون والسكان سواء في القسامة والدية لأن وجوبها عليهم لالتزامهم الحفظ أو لوجود القتيل بينهم والكل في ذلك سواء اهـ ما قاله في الحصر، وقال

---

(١) لم أعثر عليه.

بخطة ليميز أنصباءهم، وقال أبو يوسف رحمه اللّه: الكل مشتركون لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ ولهذا جعلوا مقصرين جناة، والولاية أي ولاية الحفظ باعتبار الكون فيه وقد استووا فيه فصار كالدار المشتركة بين واحد من أهل الخطة وبين المشتري، ولو كان للخطة تأثير في التقديم لما شاركه المشتري، ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة في العرف فيختص بعهدتها لأن الدية والقسامة تجبان بسببها، ولأن أهل الخطة أصيل والمشتري دخيل وولاية التدبير إلى الأصيل، وفي الدار المشتركة ولاية التدبير إلى المالك مطلقاً بخلاف القرية والمحلة، وقيل: أبو حنيفة رحمه اللّه بنى ذلك على ما شاهد من عادة أهل الكوفة.

قال رحمه اللّه: (فإن لم يبق واحد منهم فعلى المشترين) أي إن لم يبق واحد من أهل الخطة فعلى المشترين وهذا بالإجماع لأن الولاية انتقلت إليهم لزوال من يتقدم عليهم عندهما، وعند أبي يوسف رحمه اللّه خلصت لهم الولاية لزوال من يزاحمهم ثم إذا وجد في دار إنسان تدخل العاقلة في القسامة **إن كانوا حاضرين عندهما**، وعند أبي يوسف رحمه اللّه لا تدخل لأن رب الدار أخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كأهل المحلة لا يشاركهم عواقلهم فيها فصاروا كما إذا كانوا غائبين، ولهما أنهم بالحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة.

قال رحمه اللّه: (وإن وجد في دار مشتركة على التفاوت فهي على الرؤوس) أي إذا وجد القتيل في دار مشتركة بين جماعة أنصباؤهم فيها متفاضلة بأن كانت بين ثلاثة مثلاً لأحدهم النصف، وللآخر الثلث، وللثالث السدس تنقسم الدية والقسامة على عدد رؤوسهم ولا معتبر بتفاوت الأنصباء لأن صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة.

في المصفى في شرح هذا البيت ما نصه: إذا كان في المحلة أصحاب الخطط والمشترون والسكان فالكل سواء في القسامة والدية، وقالا: على أهل الخطة حتى لو لم يكن إلا واحد كرر عليه خمسون يميناً، والدية على عاقلته فإن لم يبق منهم واحد بأن باعوا كلهم فهو على المشترين، فإن قلت: هل في البيت إشارة إلى أن عندهما يجب على أهل الخطة دون الدخيل، قلت: نعم لأنه لا جائز أن لا يجب عليهما لأن الإجماع منعقد على وجوب القسامة، ولا جائز أن يجب على الدخيل لأن فيه قلب المعقول ونقض الأصول، ولاجائز أن يجب عليهما لأنه حينئذٍ يذهب الخلاف فتعين أن يجب على أهل الخطة فحسب، والدخيل فعيل من دخل وأراد به المشترين والسكان اهـ **قوله: (إن كانوا حاضرون عندهما)**

قال رحمه اللّه: (وإن بيع ولم يقبض فهو على عاقلة البائع وفي الخيار على ذي اليد) أي إذا بيعت الدار ولم يقبضها المشتري حتى وجد فيها قتيل فضمانه على عاقلة البائع، وإن كان في البيع خيار لأحدهما فهو على عاقلة الذي في يده، وهذا عند أبي حنيفة رضي اللّه عنه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما اللّه: إن لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشتري، وإن كان فيه خيار فعلى عاقلة الذي يصير إليه لأنه إنما نزل قاتلاً باعتبار التقصير في الحفظ فلا يجب إلا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك، ولهذا لو كانت الدار وديعة تجب الدية على صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري قبل القبض في البيع البات، وفي الذي/ شرط فيه الخيار [٢٦٧/١ ٣] يعتبر قرار الملك كما في صدقة الفطر، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك، ألا ترى أنه يقدر على الحفظ باليد بدون الملك ولا يقدر بالملك بدون اليد في الدار المغصوبة، وفي البيع البات اليد للبائع قبل القبض، وكذا فيما فيه الخيار لأحدهما لأنه دون البات، ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو أخص الناس به تصرفاً، وإن كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده إذ بها يقدر على الحفظ، بخلاف صدقة الفطر لأنها تجب على المالك لا على الضامن، وهذه ضمان جناية فتجب على الضامن لأن ضمان الجناية لا يشترط فيها الملك، ألا ترى أن الغاصب يجب عليه ضمان جناية العبد المغصوب ولا ملك، وبخلاف ما إذا كانت الدار في يده وديعة لأن هذا الضمان ضمان ترك الحفظ وهو إنما يجب على من كان قادراً على الحفظ وهو من له يد أصالة لا يد نيابة ويد المودع يد نيابة، وكذا المستعير والمرتهن، وكذا الغاصب لأن يده يد أمانة لأن العقار لا يضمن بالغصب عندنا ذكره في النهاية، وذكر في الهداية ما يدل على أن الضمان على الغاصب.

قال رحمه اللّه: (ولا تعقل عاقلة حتى يشهد الشهود أنها لذي اليد) أي إذا كانت دار في يد رجل فوجد فيه قتيل لا تعقله عاقلته **حتى يشهد الشهود أنها لصاحب اليد** لأن ملك صاحب اليد لا بدّ منه حتى تعقله عاقلته عنه، واليد وإن كانت تدل على الملك ولكنها محتملة فلا تكفي لإيجاب الضمان على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة في الدار المشفوعة لأن ما ثبت بالظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق

وإن كانوا غيباً فالقسامة على رب الدار تتكرر عليه الأيمان اهـ غاية. **قوله: (حتى يشهد الشهود أنها لصاحب اليد)** قال فخر الإسلام البزدوي في شرحه: يريد به إذا أنكرت العاقلة أن تكون الدار له وقالوا: هي وديعة في يدك فالقول قولهم إلا أن يقيم بينة على الملك اهـ

ويصلح للدفع وقد عرف في موضعه، ولا فرق في ذلك بين أن يكون القتيل الموجود فيها هو صاحب الدار أو غيره عند أبي حنيفة رضي الله عنه على ما نبينه إن شاء الله تعالى.

قال رحمه الله: (وفي الفلك على من فيها من الركاب والملاحين) لأنه في أيديهم فيستوي المالك وغيره فيه، أما على قول أبي يوسف رحمه الله فظاهر لأنه كان يسوّي في الدار بين السكان والملاك، والفرق لهما أن الفلك تنقل وتحوّل فتكون في اليد حقيقة فتعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف العقار فإنه لا ينقل.

قال رحمه الله: (وفي مسجد محلة على أهلها وفي الجامع والشارع لا قسامة والدية على بيت المال) لأن التدبير في مسجد المحلة إليهم والجامع والشارع للعامة لا يختص به أحد منهم والقسامة لنفي تهمة القتل، وذلك لا يتحقق في حق الكل فديته تكون في بيت المال لأنه مال العامة، وكذلك الجسور العامة والأسواق العامة التي في الشوارع، وكذا لو وجد في مسجد جماعة يكون كما لو وجد في السوق التي هي للعامة لأن التدبير في مثل هذا كله إلى الإمام لأنه نائب المسلمين لا إلى أهل هذه السوق، بخلاف الأسواق المملوكة لأهلها أو التي في المحال والمساجد التي فيها حيث يجب الضمان فيها على أهل المحلة، أو على الملاك على الاختلاف الذي بينا لأنها محفوظة بحفظ أربابها أو بحفظ أهل المحلة، وفي المنتقى إذا وجد قتيل في صف من السوق فإن كان أهل ذلك الصف يبيتون في حوانيتهم فدية القتيل عليهم وإن كانوا لا يبيتون فيها فالدية على الذين لهم ملك الحوانيت، **ولو وجد في السجن فديته على بيت المال عندهما، وعند أبي يوسف رحمه الله على أهله وهي مبنية على مسألة السكان والملاك.**

قال رحمه الله: (ويهدر لو في برية أو وسط الفرات) لأن الفرات ليس في يد أحد ولا في ملكه إذا كان يمرّ به الماء، بخلاف ما إذا كان النهر صغيراً بحيث يستحق به الشفعة حيث يكون ضمانه على أهله/ لقيام يدهم عليه، [٢٦٧ ب/٣] وكذا البرية لا يد لأحد فيها ولا ملك فيهدر ما وجد فيها من القتيل حتى لو كانت البرية مملوكة

غاية. **قوله: (ولو وجد في السجن فديته على بيت المال عندهما)** لأن أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لأجل النصرة، ولأنه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فإذا كان غنمه يعود إليهم فغرمه يرجع إليهم اهـ هداية. **قوله: (وعند أبي يوسف رحمه الله على أهله)** لأنهم سكان وولاية التدبير إليهم والظاهر أن القتل منهم اهـ هداية. **قوله: (وهي**

لأحد أو كانت قريبة من القرية بحيث يسمع منه الصوت يجب على المالك وعلى أهل القرية لما بينا، وذكر الكرخي وشيخ الإسلام أن النهر العظيم إذا كان موضع انبعاث مائه في دار الإسلام تجب الدية في بيت المال لأنه في أيدي المسلمين، بخلاف ما إذا كان موضع انبعاث مائه في دار الحرب لأنه يحتمل أن يكون قتيل أهل الحرب فيهدر.

قال رحمه الله: (ولو محتبساً بالشاطئ فعلى أقرب القرى) أي لو كان القتيل محتبساً في شاطئ النهر **فعلى أقرب القرى من ذلك الموضع** لأن الشط في أيديهم يستقون منه ويوردون دوابهم فكانوا أخص بنصرته من غيرهم فيكون ضمان المحتبس فيه عليهم لأنه كالموضوع بالشط.

قال رحمه الله: (ودعوى الولي على واحد من غير أهل المحلة تسقط القسامة عنهم وعلى معين منهم لا) وقد ذكرناه مع تشعبه والاختلاف فيه، والقياس والاستحسان فيه فلا نعيده.

قال رحمه الله: (وإن التقى قوم بالسيوف **فأجلوا** عن قتيل فعلى أهل المحلة إلا أن يدعي الولي على أولئك أو على معين منهم) لأن القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم فتكون القسامة والدية عليهم، **إلا إذا أبرأهم الولي بدعوى القتل على أولئك** كلهم أو على واحد منهم بعينه فيبرأ أهل المحلة ولا يثبت على المدعى عليه إلا بحجة على ما بينا، وقوله: أو على معين منهم إن أريد به الواحد من أهل المحلة يستقيم على قول أبي يوسف رحمه الله لأن أهل المحلة يبرؤون بدعوى الولي على واحد منهم بعينه وهو القياس، وعندهما لا يبرؤون وهو الاستحسان وقد بيناه في أوائل الباب **فلا يستقيم**، وإن أريد به واحد من الذين التقوا بالسيوف يستقيم بالإجماع، وقال أبو جعفر رحمه الله في كشف الغوامض: هذا إذا كان الفريقان غير متأوّلين اقتتلوا عصبية، وإن كانوا مشركين أو خوارج فلا شيء فيه، ويجعل ذلك ممن أصابه العدوّ.

قال رحمه الله: (وإن قال المستحلف: قتله زيد حلف بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلاً غير زيد) لأنه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين وبقي حكم من سواه على حاله فيحلف عليه ولا يقبل عليه قول المستحلف أنه قتله لأنه يريد بذلك إسقاط الخصومة عن نفسه فلا يقبل ويحلف على ما ذكرنا، وفي النهاية

مبنية على مسألة السكن والملاك) وقد تقدّم الخلاف فيها في الورقة المتقدّمة اهـ **قوله: (فعلى أقرب القرى من ذلك الموضع)** يريد به إذا كان يسمع الصوت من القرى اهـ غاية. **قوله في المتن: (فأجلوا)** أي انكشفوا وانفرجوا، يعني ذهبوا وتركوا قتيلاً اهـ غاية. **قوله: (إلا إذا أبرأهم الولي بدعوى القتل على أولئك)** أي الذين التقوا بالسيوف اهـ **قوله: (فلا يستقيم)** أي

هذا قول محمد رحمه الله، وأما على قول أبي يوسف رحمه الله فلا يحلف على العلم لأنه قد عرف القاتل واعترف به فلا حاجة إليه، ومحمد رحمه الله يقول: يجوز أنه عرف أن له قاتلاً آخر معه.

قال رحمه الله: (وبطل شهادة بعض أهل المحلة على قتل غيرهم أو واحد منهم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا رحمهما الله: تقبل شهادتهم إذا شهدوا على رجل من غيرهم لأن الولي لما ادعى القتل على غيرهم تبين أنهم ليسوا بخصماء غاية الأمر أنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء، وقد بطل ذلك بما ذكرنا فلا يمنع من قبول الشهادة كالوكيل بالخصومة إذا عزل قبل الخصومة وله أنهم خصماء بإنزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم، وإن خرجوا من الخصومة كالوصي إذا خرج من الوصاية بعد ما قبلها ثم شهد لا تقبل شهادته، فحاصله أن من صار خصماً في حادثة لا تقبل شهادته فيها ومن كان بعرضية أن يصير خصماً ولم ينتصب خصماً بعد تقبل شهادته، وهذان الأصلان متفق عليهما غير أنهما يجعلان أهل المحلة ممن له عرضية أن يصير خصماً **وهو يجعلهم ممن انتصب خصماً**، وعلى هذين الأصلين يتخرج كثير من المسائل فمن جنس الأوّل الوكيل بالخصومة إذا خاصم عند الحاكم ثم عزل لا تقبل شهادته، والشفيع إذا طلب الشفعة ثم تركها **لا تقبل شهادته** بالبيع، **ومن جنس الثاني** / [٢٦٨/٤/٣] أن الوكيل إذا لم يخاصم والشفيع

على قولهما اهـ **قوله: (وهو يجعلهم ممن انتصب خصماً)** قال في النهاية: ثم في مسألتنا هذه وهي ما إذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم عند دعوى الولي القتل على ذلك الرجل شهد بأنه قتله جعل أبو حنيفة رحمه الله شهادتهما شهادة من انتصب خصماً في حادثة ثم خرج من أن يكون خصماً فشهد لم تقبل شهادتهما، لأن نفس وجود القتيل بين أظهرهم جعلهما خصماً فلا تقبل شهادتهما وجعل أبو يوسف ومحمد رحمهما الله شهادتهما هذه شهادة رجل له عرضية أن يصير خصماً، ثم لم يصر خصماً فتقبل شهادتهما وذلك أنه إنما يكونون خصماء لو ادّعى الولي عليهم فإذا ادّعى على غيرهم زالت هذه العرضية وبه يتبين أنهم لم يكونوا خصماء في هذه الحادثة أصلاً فوجب قبول شهادتهم فيها، كالشفيع إذا شهد بالبيع بعد ما سلم الشفيع تقبل شهادته، لهذا المعنى وأبو حنيفة رحمه الله يقول: أهل المحلة صاروا خصماء في هذه الحادثة لوجود القتيل بين أظهرهم ومن صار خصماً في حادثة لا تقبل شهادته فيها، وإن خرج من الخصومة كالوكيل إذا خوصم في مجلس الحكم ثم عزل وشهد، وإنما قلنا ذلك: لأن السبب الموجب للدية والقسامة عليهم وجود القتيل بين أظهرهم كما قال عمر رضي الله عنه: إنما أغرمكم الدية لوجود القتيل بين أظهركم، وبدعوى القتل على غير أهل المحلة لا يتبين أن السبب

إذا لم يطلب **وشهدا تقبل شهادتهما**، ولو ادَّعى الولي على رجل بعينه من أهل المحلة فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل شهادتهما عليه، لأن الخصومة قائمة مع الكل والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهماً إلا في رواية عن أبي يوسف رحمه اللّه ذكرناها من قبل، ولو وجد الرجل قتيلاً في دار نفسه **فديته على عاقلة ورثته عند أبي حنيفة** رحمه اللّه، **وقالا**: لا شيء فيه لأن الدار في يده حين وجد الجرح فيكون كأنه قتل نفسه فيكون هدراً، وله أن القسامة إنما تجب بناء على ظهورالقتل في ملكه، ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك، وحال ظهور القتل الدار للورثة **فتجب على عاقلتهم**، بخلاف المكاتب إذا وجد قتيلاً في دار نفسه، لأن الدار في ملكه حكماً وقت ظهور القتل فصار كأنه قتل نفسه فهدر دمه، وهذا لأن ملكه باعتبار عقد الكتابة وهو باقٍ بعد موته فبقي ملكه كذلك، ولو أن رجلين كانا في بيت ليس معهما ثالث ووجد أحدهما مذبوحاً قال أبو يوسف رحمه اللّه: يضمن الآخر الدية، وقال محمد رحمه اللّه تعالى: لا يضمن لأنه يحتمل أنه قتل نفسه، ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمن بالشك، ولأبي يوسف رحمه اللّه أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه فكان توهم ذلك ساقطاً فصار كما إذا وجد في محلة، ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها وتكرّر عليها الأيمان والدية على عاقلتها، وقال أبو يوسف: القسامة أيضاً على العاقلة لأن القسامة لا تجب إلا على من كان من أهل

لم يكن ذلك ولكن خرجوا من الخصومة بعد أن كانوا إلى هذا أشار في المبسوط والإيضاح اهـ وإنما نقلت هذا لزيادة الإيضاح اهـ **قوله**: (**لا تقبل شهادته**) وكذلك الوصي عن اليتيم خصم في حقوقه، وإن لم يخاصم لقيامه مقام اليتيم شرعاً في حقوقه ثم لو بلغ اليتيم فشهد الوصي لم تقبل شهادته اهـ نهاية. **قوله**: (**ومن جنس الثاني**) أي وهو ما إذا كان لرجل عرضية أن يصير خصماً إلخ اهـ **قوله**: (**وشهدا تقبل شهادتهما**) وكذلك الوكيلان بالخصومة إذ عزلا قبل الخصومة ثم شهدا بذلك قبلت شهادتهما لأن الوكيل بالخصومة إنما يصير خصماً لمكان القضاء لأنه لا يصح في غيره فصارت الوكالة مقيدة بالمكان فلا تثبت قبله كما لو وقت بالزمان كذا في الأسرار، ثم قال فيه: فما قاله أبو حنيفة أظهر وما قالاه: أحق لأن الخصومة قائمة مع الكل على مابينا اهـ نهاية. **قوله**: (**فديته على عاقلة ورثته عند أبي حنيفة**) قال في الهداية: فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة اهـ قال في الدراية: قوله: فديته على عاقلة ورثته لورثته اهـ فلا تخالف بين عبارة الشارح وعبارة الهداية اهـ **قوله**: (**وقالا**) أي وزفر اهـ هداية. **قوله**: (**فتجب على عاقلتهم**) أي تجب الدية على عاقلة الورثة للورثة هذا إذا اختلف العواقل، أما إذا تحدث عاقلة المقتول مع عاقلة الورثة فحينئذٍ تجب الدية على عاقلة المقتول للورثة فيحمل ما ذكره أوّلاً في المتن بقوله: فديته على

النصرة وهي ليست من أهلها فأشبهت الصبي ولهما أن القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة، ثم قال المتأخرون من أصحابنا: **إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل** لأنا أنزلناها قاتلة فتشارك العاقلة فتجب عليها وهو اختيار الطحاوي، وهو الأصح فيها وفيما إذا باشرت القتل بنفسها، ومن جرح في قبيلة فنقل إلى أهله فمات من تلك الجراحة فإن كان صاحب فراش حتى مات فالدية والقسامة على تلك القبيلة عند أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: لا ضمان فيه ولا قسامة لأن ما حصل في تلك القبيلة ما دون النفس فلا قسامة فيه، وصار كما إذا لم يكن صاحب فراش وله أن الجرح إذا اتصل به الموت صار قتلاً، ولهذا وجب القصاص في العمد والدية في الخطأ فإن لم يزل صاحب فراش أضيف الموت إليه وإلا فلا لأنه يحتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك، ولو أن رجلاً معه جريح به رمق فحمله إنسان إلى أهله فمكث يوماً أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله، وفي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله يضمن لأن يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحاً في يده كوجوده جريحاً في المحلة كذا في الهداية، ولو وجد قتيل في أرض موقوفة أو دار موقوفة على أرباب معلومة فالقسامة والدية على أربابها لأن تدبيره إليهم، وأن كانت موقوفة على المسجد فهو كما لو وجد في المسجد وقد ذكرنا حكمه، ولو وجد في معسكر نزلوا في فلاة مباحة ليست بمملوكة لأحد فإن وجد في خيمة أو فسطاط فالقسامة والدية على من يسكنها لأنها في يده كما في الدار، وإن كان خارجاً منها ينظر فإن كانوا قبائل متفرّقين فعلى القبيلة التي وجد فيها القتيل لأنهم لما نزلوا قبائل قبائل في أماكن مختلفة صارت الأمكنة بمنزلة المحال المختلفة في المصر، ألا ترى أنه ليس لغيرهم أن يزعجهم عن ذلك المكان، ولو وجد بين القبيلتين فعلى أقربهماوإن استووا فعليهما، كما إذا وجد بين القريتين أو بين المحلتين، وقال في الهداية: / إن كان خارجاً من الفسطاط فعلى أقرب الأخبية [٢٦٨ ب/٣] اعتباراً لليد عند انعدام الملك، وإن كانوا نزلوا جملة مختلطين فعلى أهل العسكر

عاقلته لورثته على ما إذا اتحد العواقل والاتحاد هو الغالب، فإن قلت: كيف يستقيم أن تعقل عاقلة الورثة للورثة وليس بمعقول أن يعقلوا عن أنفسهم لأنفسهم قلت: العاقلة أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم، وهذا لأن عاقلة الرجل أهل ديوانه عندنا وعند الشافعي أقرباؤه اهـ غاية. **قوله: (إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل)** أي في هذه المسألة اهـ كافي وهداية. قال في النهاية: وإنما قيد بقوله في هذه المسألة لأن المرأة لا تدخل في العواقل في تحمل الدية في صورة من الصور على ما يجيء في المعاقل بقوله، وليس على النساء والذرية عقل اهـ.

كلهم لأنهم لما نزلوا جملة صارت الأمكنة كلها بمنزلة محلة واحدة فتكون منسوبة إليهم كلهم فتجب غرامة ما وجد خارج الخيام عليهم كلهم، وإن كان للأرض مالك يجب على المالك بالإجماع لأنهم سكان فلا يزاحمون المالك في القسامة والدية، وهذا عندهما ظاهر، والفرق لأبي يوسف رحمه اللّه بينه وبين المحلة أو الدار أن العسكر نزلوا فيه للانتقال والارتحال لا للقرار فلا يعتبر إلا للضرورة بخلاف الدار والمحلة فإنهم يسكنون فيه للقرار فلا بد من اعتباره، وإن كانوا لقوا عدوّهم فلا قسامة ولا دية لأن الظاهر أنه قتيلهم واللّه أعلم بالصواب.

كتاب المعاقل

قال رحمه اللّه: (**هي جمع معقلة** وهي الدية) أي المعاقل جمع معقلة بالضم والمعقلة الدية، وتسمى عقلاً لأنها تعقل الدماء من أن تسفك أي تمسكه يقال: عقل البعير عقلاً شدّه بالعقال ومنه العقل، لأنه يمنعه عن القبائح.

قال رحمه اللّه: (كل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة) والعاقلة الجماعة الذين يعقلون العقل، وهو الدية يقال: عقلت القتيل أي أعطيت ديته، وعقلت عن القاتل أي أدّيت عنه مالزمه من الدية وقد ذكرنا الدية وأنواعها في كتاب الديات، **وأما وجوبها على العاقلة** فالأصل فيه ما صح عن النبي ﷺ أنه قضى بدية المرأة المقتولة ودية جنينها على عصبة القاتلة فقال أبو القاتلة المقضيّ عليه: يا رسول اللّه كيف أغرم من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل فمثل ذلك بطل، فقال عليه الصلاة والسلام: «هذا من الكهان»[1]، ولأن النفس محترمة فلا وجه إلى إهدارها ولا إيجاب للعقوبة على المخطئ **لأنه معذور** ومرفوع عنه الخطأ، وفي إيجاب الكل عليه عقوبة

كتاب المعاقل

لما كان موجب القتل خطأ وما في معناه الدية على العاقلة شرع في بيان ذلك وسميت الدية عقلاً ومعقلة، لأن إبل الديات كانت تعقل بفناء ولي المقتول، ثم عم هذا الاسم فسميت الدية معقلة وإن كانت دراهم أو دنانير وقيل إنما سميت بالمعقلة لأنها تعقل الدماء عن أن تسفك ومعاقل الجبال المواضع المنيعة فيها، ويقال: عقل الدواء بطنه يعقله عقلاً إذا أمسكه اهـ غاية. **قوله في المتن: (هي جمع معقلة)** قال العيني: بفتح الميم وسكون العين وضم القاف كمكرمة قال الشارح: جمع معقلة بالضم قلت: هذا لبس لأن قوله: بالضم يتبادر الذهن إلى ضم الميم، وليس كذلك بل الضم للقاف والفتح للميم اهـ **قوله: (وأما وجوبها على العاقلة إلخ)** قال الإتقاني: ثم الدية مشروعة بالكتاب نحو قوله تعالى: ﴿ودية مسلمة إلى أهله﴾ [النساء:٩٢]، وبالسنة نحو قوله عليه الصلاة والسلام: «في نفس المؤمن مائة من الإبل»[2]، وبإجماع الأمة لأنه انعقد إجماعهم على ذلك، ولا منكر لمشروعيته أصلاً ووجوبها على العاقلة بحديث حمل بن مالك وهو ماروى صاحب السنن وغيره مسنداً إلى «أبي هريرة قال: اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) تقدم تخريجه.

لما فيه من إجحافه واستئصاله فيضم إليه العاقلة تحقيقاً للتخفيف، وإنما كانوا أخص بالضم إليه لأنه إنما يقصر في الاحتراز لقوّة فيه لأن الغالب أن الإنسان إنما لا يحترز في أفعاله إذا كان قوياً فكأنه لا يبالي بأحد وتلك القوّة تحصل بأنصاره غالباً وهم أخطؤوا بنصرتهم له لأنها سبب للإقدام على التعدي فقصروا بها عن حفظه فكانوا أولى بالضم إليه، **وقوله: كل دية وجبت بنفس القتل** يحترز به عما ينقلب مالاً بالصلح أو بالشبهة، لأن الفعل العمد يوجب العقوبة فلا يستحق التخفيف فلا تتحمل عنه العاقلة.

قال رحمه اللّه: (**وهي أهل الديوان** إن كان القاتل منهم تؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين) وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم في الديوان وهذا عندنا، وقال الشافعي رحمه اللّه: على أهل العشيرة لما روينا وكان كذلك إلى أيام عمر رضي اللّه عنه ولا نسخ بعد النبي ﷺ فيبقى على ما كان، ولأنها صلة فالأقارب بها أولى كالإرث والنفقات، ولناقضية عمر رضي اللّه عنه فإنه لما دوّن الدواوين جعل الدية على أهل الديوان بمحضر من الصحابة رضي اللّه عنهم من غير نكير منهم، وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لأن العقل كان على أهل النصرة وقد كانت بأنواع **بالحلف** والولاء والعدّ **وهو أن يعد** الرجل من قبيلة، وفي عهد عمر رضي

بحجر فقتلتها فاختصموا إلى رسول اللّه ﷺ فقضى رسول اللّه ﷺ بدية جنينها عبداً أو وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم»(١)، وقال حمل بن النابغة الهذلي: يا رسول اللّه كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل، فمثل ذلك بطل فقال رسول اللّه ﷺ: «إنما هذا من إخوان الكهان»، من أجل سجعه الذي سجع ثم قال الإتقاني: حمل بن مالك هو بالحاء المهملة والميم المفتوحتين حمل بن مالك بن النابغة الهذلي أسلم ثم رجع إلى بلاد قومه ثم تحوّل إلى البصرة وابتنى بها داراً اهـ **قوله: (لأنه معذور)** لأنه لم يقصد القتل، وكذا الذي باشر شبه العمد لأن الآلة ليست بموضوعة للقتل فكان في معنى الخطأ اهـ إتقاني. **قوله: (لما فيه من إجحافه)** أي إجحاف الخاطئ أي إهلاكه اهـ **قوله: (كل دية وجبت بنفس القتل)** أي ابتداء وهو احتراز عما إذا وجبت الدية في ثاني الحال لا ابتداء كما إذا قتل الأب ابنه، حيث يكون موجب القتل القصاص ابتداء ولكنه يسقط ذلك إلى الدية لشبهة الأبوة فتجب الدية في مال الأب لا على العاقلة، وكذا إذا وجبت الدية صلحاً عن العمد يجب ذلك في مال القاتل حالة إلا إذا اشترط التأجيل بخلاف ما يجب على الأب فإنه يجب في ثلاث سنين اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وهي أهل الديوان)** انظر كلام الشارح في المقالة الأخيرة من هذا الباب ففيها ما يناسب هذه المقالة

---

(١) تقدم تخريجه.

اللّه عنه قد صارت بالديوان **فجعلها** على أهله اتباعاً للمعنى، ولهذا قالوا: لو كان اليوم قوم يتناصرون بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة، وإن كانوا بالحلف فأهله والدية صلة كما قال، لكن إيجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى من إيجابها في أصول أموالهم لأنه أخف وما/ تحملت العاقلة إلا للتخفيف، **والتقدير بثلاث سنين مروي** عن النبي ﷺ ومحكي عن عمر رضي اللّه عنه، ولأن الأخذ من العطاء للتخفيف وهو يخرج في كل سنة مرة واحدة. [٢٦٩/١ ٣/١]

قال رحمه اللّه: (فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلاث أو أقل أخذ منها) لحصول المقصود لأن المقصود التخفيف وقد حصل وهذا إذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء بالدية، ثم خرجت بعد القضاء لا تؤخذ منها لأن الوجوب بالقضاء ولو خرجت عطايا ثلاث سنين مستقبلة في سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية، لأنها بعد الوجوب إذ الوجوب بالقضاء وقد حصل المقصود بذلك وهو التخفيف، وإذا كان الواجب ثلث الدية أو أقل يجب في سنة، وإذا كان أكثر منه يجب في سنتين إلى تمام الثلثين، ثم إذا كان أكثر منه إلى تمام الدية يجب ثلاث سنين، لأن جميع الدية في ثلاث سنين فيكون كل ثلث في سنة ضرورة، والواجب على القاتل كالواجب على العاقلة حتى يجب في ثلاث سنين وذلك مثل الأب إذا قتل ابنه عمداً أو انقلب القصاص بالشبهة مالاً، وقال الشافعي: ما وجب على القاتل في ماله يكون حالاً لأن التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلتحق به العمد المحض، ولنا أن القياس يأبى إيجاب المال بمقابلة النفس لعدم المماثلة بين النفس والمال، والشرع ورد به إذا كان خطأ فلا يتعداه فيجب مؤجلاً، ولو قتل عشرة رجلاً واحداً خطأ فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية في ثلاث سنين اعتباراً للجزء بالكل وهو بدل النفس فيؤجل كل جزء من أجزائه ثلاث سنين، وأوّل المدّة يعتبر من وقت القضاء بالدية **لأن الواجب الأصلي هو المثل** والنقل

وفوائد جليلة اهـ **قوله**: (**بالحلف**) بكسر الحاء وسكون اللام العهد والمراد به ولاء الموالاة اهـ غاية. **قوله**: (**وهو أن يعد**) قال الإتقاني: المراد من العد أن يكون من قبيلتهم يقال: فلان عديد بني فلان اهـ **قوله**: (**فجعلها**) أي على المقاتلة من أهل الديوان حتى لا تجب على النسوان والصبيان لأنه لا يحصل بهم التناصر اهـ غاية. **قوله**: (**والتقدير بثلاث سنين مروي إلخ**) أنه جعل دية الخطأ على العاقلة في ثلاث سنين اهـ إتقاني. **قوله**: (**لأن الواجب الأصلي هو المثل**) أي الواجب الأصلي في الضمان هو المثل الفائت لقوله تعالى: ﴿فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة: ١٩٤]، ولا مماثلة بين الآدمي الصالح للكرامات كالولايات والشهادات وبين المال، والتحوّل من المثل الذي هو الآدمي إلى قيمة الآدمي

إلى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداء المدة من وقته، ونظيره ولد المغرور فإن قيمته لا تجب قبل القضاء، وإنما تجب القضاء فتعتبر قيمته في ذلك الوقت.

قال رحمه اللّه: (**وإن لم يكن** ديوانياً فعاقلته قبيلته) لما روينا ولأن نصرته بهم وهي المعتبرة في الباب.

قال رحمه اللّه: (**وتقسم عليهم في ثلاث سنين** لا يؤخذ من كل في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث ولم يزد على كل واحد من كل الدية في ثلاث سنين على أربعة) وذكر القدوري رحمه اللّه أنه لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها، والأوّل أصح فإن محمداً رحمه اللّه نص على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة إلا درهم أو درهم وثلث كما ذكر هنا، لأن معنى التخفيف مراعى فيه ولو أخذ منه في كل سنة أربعة يكون في ثلاث سنين اثنا عشر درهماً فيخرج من حد التخفيف لبلوغه حد الجزية.

قال رحمه اللّه: (فإن لم تتسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل نسباً على ترتيب العصبات) ليتحقق معنى التخفيف، واختلفوا في آباء القاتل وأبنائه قيل: يدخلون لقربهم وقيل: لا يدخلون لأن الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من أربعة، وهذا المعنى إنما يتحقق عند الكثرة والآباء والأبناء لا يكثرون، قالوا: هذا في حق العرب لأنهم حفظوا أنسابهم فأمكن إيجابه على أقرب القبائل، وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم فلا يمكن ذلك في حقهم فإن لم يمكن فقد اختلفوا فيه، فقال بعضهم: يعتبر المحال والقرى الأقرب فالأقرب، وقال بعضهم: يجب الباقي في مال الجاني وعلى هذا حكم الرايات إذا لم تتسع لذلك أهل راية ضم إليهم أقرب الرايات أي أقربهم نصرة إذا حز بهم أمر الأقرب فالأقرب يفوّض ذلك إلى الإمام لأنه هو العالم به وهذا كله عندنا، **وعند الشافعي** رحمه اللّه/ يجب على كل واحد نصف [٢٦٩ب/٣]

الفائت ثبت شرعاً بخلاف القياس، وإنما تعينت القيمة بالقضاء فاعتبر ابتداء مدة وجوب القيمة من يوم القضاء اهـ إتقاني. وكتب ما نصه: سيأتي في مقلوب الورقة التي بعد هذه عند قوله: ولنا أن الدية إنما تجب بالقضاء إلخ ما يؤكده فانظره. **قوله في المتن: (وإن لم يكن)** أي القاتل اهـ مسكين. **قوله في المتن: (وتقسم عليهم في ثلاث سنين إلخ)** قال في شرح الكافي: ومن جنى من أهل البادية وأهل اليمن الذين لا ديوان لهم فرضت الدية على عواقلهم في ثلاث سنين على الأقرب فالأقرب على الإخوة ثم بني الإخوة ثم الأعمام، ثم بني الأعمام على ما عرف من ترتيب العصبات وهل يدخل البنون والآباء بعضهم قالوا: لا يدخلون لأنهم أقرب وبعضهم قالوا: لا يدخلون لأن الانتصار غير معتاد من الأبناء والآباء

دينار فيسوّى بين الكل لأنه صلة فيعتبر بالزكاة وأدناها ذلك لأن خمسة دراهم عندهم نصف دينار، ولكنا نقول: هي أحط رتبة من الزكاة، ألا ترى أنه لا يؤخذ من أصل المال فينقص منها تحقيقاً لزيادة التخفيف، ولو كانت عاقلته أصحاب الرزق يقضي بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث لأن الرزق في حقهم بمنزلة العطايا فأقيم مقامها، إذ كل منهما صلة من بيت المال، ثم ينظر إن كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة يؤخذ كما خرج رزق ثلث الدية بمنزلة العطايا، وإن كانت تخرج في كل ستة أشهر يؤخذ منه سدس الدية، وإن كانت تخرج في كل شهر فبحسابه، وإن كانت لهم أعطية في كل سنة وأرزاق في كل شهر فرضت الدية في الأعطية دون الأرزاق لأن الأخذ من الأعطية أصل ومن الأرزاق خلف فلا يعتبر الخلف مع الأصل، ولأن الأخذ من الأعطية أيسر لهم والأخذ من الأرزاق يؤدي إلى الإضرار بهم، إذ الأرزاق لكفاية الوقت ويتضررون بالأداء منه، **والأعطية** ليكونوا مؤتلفين في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم الأداء منه.

قال رحمه الله: **(والقاتل كأحدهم) أي كواحد من العاقلة** لأنه هو القاتل فلا معنى لإخراجه ومؤاخذة غيره به، وقال الشافعي رحمه الله: لا يجب على القاتل شيء من الدية لأنه معذور، ولهذا لا يجب عليه الكل فكذا البعض إذ الجزء لا يخالف الكل، قلنا: إيجاب الكل إجحاف به ولا كذلك إيجاب البعض، ولأنه تجب للنصرة

قوله: (وعند الشافعي إلخ) وعند الشافعي على الغني نصف دينار وعلى المتوسط ربع دينار، كذا في مختصر الأسرار اهـ غاية. **قوله: (والأعطية إلخ)** قال الإتقاني: والفرق بين الرزق والعطية أن الرزق ما يفرض لكفاية الوقت والعطية ما تفرض ليكونوا قائمين بالنصرة قال صاحب المغرب: العطية ما يفرض للمقاتل والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين إذا لم يكونوا مقاتلة، وفيه نظر لأن محمداً قال: إذا كان لهم أرزاق وأعطيات فرضت الدية في أعطياتهم دون أرزاقهم فعلم بذلك أن الرزق يفرض للمقاتلة أيضاً اهـ **قوله في المتن: (والقاتل كأحدهم)** تقدم في آخر الورقة التي قبل هذه في كلام الشارح فارجع إليه اهـ **قوله: (كواحد من العاقلة)** حتى يؤخذ منه كما يؤخذ من العاقلة إذا كان من أهل العقل مثل أن يكون بالغاً حراً صحيح العقل هذا كله إذا كان للرجل عاقلة، فأما إذا لم يكن له عاقلة كاللقيط والحربي والذمي إذا أسلم فعاقلته بيت المال وروى عن محمد أنه قال: يجب في ماله ولا يجب على بيت المال هذا إذا أسلم ولم يوال أحداً فأما إذا عاقد أحداً ولا يجب عقد الولاء فجنايته على المولى الذي والاه وله أن يتحوّل بولائه إلى غيره ما لم يعقل عنه، فإذ عقل عنه فليس له أن يتحوّل وكذلك لو لم يوال أحداً حتى عقل عنه بيت المال فليس له أن يوالي أحداً بعد ذلك، قاله الإتقاني نقلاً عن شرح الطحاوي اهـ وكتب ما نصه: سيأتي في الصفحة

وهو ينصر نفسه مثل ما ينصره غيره بل أشدّ فكان أولى بالإيجاب عليه، فإذا كان المخطئ معذوراً فالبريء منه أولى قال اللّه تعالى: ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ [الزمر: ٧]، وعدم وجوب الكل لا ينفي وجوب البعض، ألا ترى أن كل واحد من العواقل لا يجب عليه الكل، ومع هذا يجب عليه البعض فظهر بذلك أن اعتبار الجزء بالكل باطل.

قال رحمه اللّه: (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) لأن نصرته بهم واسمه ينبئ عنها ويؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام: «مولى القوم منهم».

قال رحمه اللّه: (ويعقل عن مولى الموالاة مولاه وقبيلته) ومولى الموالاة هو الحلف فيعقل عنه مولاه الذي عقده وعاقلة مولاه، وهو المراد بقوله: وقبيلته أي قبيلة مولاه الذي عاقده لأن العرب تتناصر به فأشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي رحمه اللّه وقد ذكرناه في الولاء.

قال رحمه اللّه: (ولا تعقل عاقلة جناية العبد والعمد ولا ما لزم صلحاً ولا اعترافاً) لما روينا ولأنه لا يتناصر بالعبد والإقرار والصلح لا يلزمان العاقلة لقصور ولايته عنهم.

قال رحمه اللّه: (إلا أن يصدقوه) في الإقرار لأن التصديق إقرار منهم فيلزمهم بإقرارهم لأن لهم ولاية على أنفسهم والامتناع كان لحقهم وقد زال، أو تقوم البينة لأن ما ثبت بالبينة كالمشاهد لأنها كاسمها مبينة وتقبل البينة هنا مع الإقرار، وإن كانت لا تعتبر معه لأنها تثبت ما ليس بثابت بإقرار المدّعى عليه وهو الوجوب على العاقلة، ثم ما ثبت بالإقرار يجب مؤجلاً وما ثبت بالصلح حال إلا إذا اشترط التأجيل في الصلح وقد عرف في موضعه، ولو أقرّ بالقتل خطأ فلم يرتفعوا إلى الحاكم إلا بعد سنين فقضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين كان أوّل المدة من يوم يقضي عليه، لأن التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة فكذا في الثابت بالإقرار بل أولى لأنه أضعف، ولو تصادق القاتل وأولياء المقتول على أن قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالبينة وكذبتهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لأن تصادقهما لا يكون حجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله لأن الدية بتصادقهما تقرّرت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما فلا يلزمه إلا حصته، **بخلاف الأول** حيث يجب

الآتية لو كان القاتل صبياً أو امرأة لا شيء عليهما من الدية، ثم قال الشارح بعد هذا بقليل وأما إذا باشرا القتل بأنفسهما فالصحيح أنهما يشاركان العاقلة، وكذا المجنون إذا قتل فالصحيح أنه يكون كواحد من العاقلة اهـ **قوله: (بخلاف الأوّل)** أراد به ما إذا أقر بقتل خطأ حيث يقضي عليه بالدية في ماله لأن إقراره حجة على نفسه ويدعي ولي القتيل عليه أيضاً

جميع الدية على المقرّ لأنه لم يوجد التصديق من الولي بالقضاء بالدية على العاقلة وقد وجد / هنا فافترقا. [٢٧٠ أ/٣]

قال رحمه الله: **(وإن جنى حرّ على عبد خطأ فهي على عاقلته)** يعني إذا قتله لأن العاقلة لا تتحمل أطراف العبد، وقال الشافعي رحمه الله: لا تتحمل النفس أيضاً بل تجب في مال القاتل لأنه بدل المال، وفي الحديث لا تعقل العاقلة عمداً ولا عبداً ولنا أنه آدمي فتتحمله العاقلة كالحرّ وهذا لأنّ ما يجب بقتله دية، وهي بدل الآدمي لا المال على ما بيناه من قبل فكانت على العاقلة بخلاف ما دون النفس لأن يسلك به مسلك الأموال، والمراد بالحديث جنايته أي لا تعقل العاقلة جناية عمد ولا جناية عبد ونحن نقول به لأن جنايته توجب دفعه إلا أن يفديه المولى **قال أصحابنا** رحمهم الله: **ليس على النساء والذرية** ممن له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العواقل صبي ولا امرأة، ولأن العقل إنما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لا يتناصرون بالصبيان والنساء، ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبياً أو امرأة لا شيء عليهما من الدية، بخلاف الرجل لأن وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لأنه ينصر نفسه وهذا لا يوجد منهما، **والفرض لهما** من العطايا **للمعونة** لا للنصرة كفرض أزواج النبي ﷺ، وكذا في الهداية وهذا صحيح فيما إذا قتله غيرهما، وأما إذا باشرا القتل بأنفسهما فالصحيح أنهما يشاركان العاقلة، وكذا المجنون إذا قتل فالصحيح أن يكون كواحد من العاقلة، ولا يعقل أهل مصر عن أهل مصر آخر إذا كان لأهل كل مصر ديوان على حدة لأن التناصر بالديوان عند وجوده، ولو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل مصره أقرب إليه من أهل مصر آخر ويعقل أهل كل مصر عن أهل سوادهم لأنهم أتباع لأهل المصر فإنهم إذا حز بهم أمر استنصروا بهم فيعقلونهم أهل المصر باعتبار معنى القرب والنصرة، ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة لأنه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه، والحاصل أن الاستنصار

وهنا في ما نحن فيه لا يدعي ولي القتيل عليه لأنه تصادق مع القاتل أن الدية على العاقلة وقد قضى بها القاضي عليهم فلا يكون على القاتل شيء اهـ **قوله في المتن: (وإن جنى حر على عبد خطأ فهي على عاقلته)** هذا عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف في مال القاتل لأنه ضمان مال عنده ذكر هذا الشارح وصاحب الهداية في مسألة الاصطدام اهـ **قوله: (قال أصحابنا: ليس على النساء والذرية)** الذرية: أولاد الأولاد وأراد هنا الصبيان وهي مأخوذة من الذر وهي صغار النمل اهـ غاية. **قوله: (والفرض لهما)** أي للصبي والمرأة اهـ **قوله: (للمعونة)** أي لمعونة الجند اهـ وكتب ما نصه: بالطبخ والخياطة وحفظ المنزل ونحو ذلك

بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والولاء وقرب السكنى والعدو الحلف، وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بينا وعلى هذا يخرج كثير من مسائل المعاقل، منها أخوان ديوان أحدهم بالبصرة وديوان الآخر بالكوفة لا يعقل أحدهما عن صاحبه وإنما يعقل عنه أهل ديوانه، ومن جنى جناية من أهل البصرة وليس له في أهل الديوان عطاء وأهل البادية أقرب إليه نسباً ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديون قرابة لأن أهل الديوان هم الذين يذبون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم ولا يخصون بالنصرة أهل العطاء فقط بل ينصرون أهل المصر كلهم، **وقيل: إذا لم يكونوا قريباً له** لا يعقلونه **وإنما يعقلونه إذا كانوا قريباً له**، وله في البادية أقرب منهم نسباً لأن الوجوب بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكاناً فكانت القدرة على النصرة لهم، وصار نظير مسألة الغيبة المنقطعة في الإنكاح، ولو كان البدوي نازلاً في المصر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر لأن أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه،كما أن أهل البادية لا يعقلون عن أهل المصر النازل فيهم لأنهم لا يستنصرون بهم، وإن كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلاً فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لأنهم التزموا أحكام الإسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الأضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم، وإن لم يكن لهم عاقلة معروفة/ فديته في ماله في [٢٧٠ ب/٣] ثلاث سنين من يوم يقضي بها عليه، **كما في حق المسلم** لما بينا أن الوجوب على القاتل، وإنما يتحوّل عنه إلى العاقلة أن لو وجدت فإذا لم توجد بقي عليه بمنزلة مسلمين تاجرين في دار الحرب قتل أحدهما صاحبه **يقضي بالدية في ماله** لأن أهل دار الإسلام لا يعقلون عنه، لأن تمكنه من القتل ليس بنصرتهم، ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافرلعدم التناصر، والكفار يتعاقلون فيما بينهم وإن اختلفت مللهم لأن الكفر كله ملة واحدة قالوا: هذا إذا لم تكن المعاداة بينهم ظاهرة، أما إذا كانت

اهـ غاية. **قوله**: (**وقيل: إذا لم يكونوا قريباً له إلخ**) قال الإتقاني: اعلم أن المشايخ اختلفوا في هذه المسألة فبعضهم لم يشترط أن يكون الجاني قريباً لأهل الديوان بل قالوا: عقل عنه سواء كان قريباً لهم أو لم يكن، لأنه إذا كان بين ظهرانيهم صار كالعديد والحليف لهم، وبعضهم اشترطوا ذلك وقالوا: عقل عنه إذا كان قريباً لهم وهو الأصح. **قوله**: (**وإنما يعقلونه إذا كانوا قريباً له**) وهو الأصح اهـ إتقاني. **قوله**: (**كما في حق المسلم**) وهذا في حق الذمي، أما المسلم إذا جنى ولم يكن له عاقلة فعاقلته بيت المال، وهو الظاهر وعن أبي حنيفة أنه يجب في مال الجاني قاله الإتقاني، وسيجيء في الصفحة الآتية، اهـ **قوله**: (**يقضي بالدية في ماله**) وإنما أطلق القتل ليشمل العمد والخطأ، لأن الدية تجب في

ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي أن لا يعقل بعضهم بعضاً، وهذا عند أبي يوسف رحمه الله لانقطاع التناصر بينهم، ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء وحوّل ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي فإنه يقضي بالدية على عاقلته من أهل البصرة، وقال زفر رحمه الله: يقضي على عاقلته من الكوفة وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله، لأن الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته أهل الكوفة فصار كما إذا حوّل بعد القضاء، ولنا أن الدية إنما تجب بالقضاء على ما ذكرنا أن الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل إلى المال، وكذا الوجوب على القاتل ويتحمل عنه العاقلة فإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء، بخلاف ما إذا حوّل بعد القضاء لأن الوجوب قد تقرّر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك **لكن حصة القاتل** تؤخذ من عطائه بالبصرة لأنها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة، بخلاف ما إذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم إليهم أقرب القبائل في النسب لأن في النقل إبطال الحكم الأوّل فلا يجوز بحال، وفي الضم تكثير المتحملين فيما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الأول لا إبطاله، وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي على أهل البصرة بالدية، ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم تنتقل عنهم، وكذا البدوي إذا لحق بالديوان بعد القتل قبل قضاء القاضي يقضي بالدية على أهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا تتحوّل عنهم، بخلاف ما إذا كان قوم من أهل البادية قضى عليهم بالدية في أموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم الإمام في العطاء حيث تصير الدية في عطائهم، ولو كان قضى بها في أوّل مرة لأنه ليس نقض القضاء الأوّل لأنه قضى بها في أموالهم وعطاؤهم أموالهم، غير أن الدية تقضى من أيسر الأموال أداء، والأداء من العطاء أيسر إذا صاروا من أهل العطاء إلا إذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضي به عليهم بأن كان القضاء بالإبل، والعطاء دراهم فحينئذ لا يتحول إلى الدراهم أبداً لما فيه من إبطال القضاء الأول لكن يقضي بالإبل من مال العطاء بأن يشتري به لأنه أيسر، قال علماؤنا رحمهم الله: إن القاتل إذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال إذا كان القاتل مسلماً، لأن جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك، ولهذا إذا مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال، وعن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية شاذة أنها تجب في ماله، ووجهها أن الأصل أن الدية تجب على الجاني وهو القاتل لأنه بدل المتلف، والإتلاف منه إلا أن العاقلة تتحملها

ماله سواء كان القتل عمداً أو خطأ لأن العاقلة لا تعقل جناية وقعت في دار الحرب، وبه صرح الكرخي في مختصره في كتاب السير اهـ إتقاني. **قوله: (لكن حصة القاتل إلخ)** يتعلق

تحقيقاً للتخفيف على ماعرف فإذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم إلى الأصل، وابن الملاعنة يعقله عاقلة أمه لأن نسبه ثابت منها دون الأب فإذا عقلوا عنه ثم ادّعاه الأب رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم قضى لهم بالرجوع عليهم لأنه تبين أن الدية كانت واجبة عليهم، لأنه بالإكذاب ظهر أن النسب كان ثابتاً من الأب حيث بطل اللعان بالإكذاب، ومتى ظهر أن النسب/ كان ثابتاً منه [٢٧١ أ/٣] من الأصل فقوم الأم تحملوا ما كان واجباً على قوم الأب فيرجعون بها عليهم لأنهم مضطروّن في ذلك، وكذا إذا مات المكاتب عن وفاء وله ولد مسلم حرّ فلم تؤدّ كتابته حتى جنى ابنه جناية وعقل عنه قوم أمه ثم أدّيت الكتابة ترجع عاقلة الأم على عاقلة الأب لأنه عند أداء بدل الكتابة يتحوّل ولاؤه إلى قوم أبيه من وقت ثبتت الحرية للأب وهو آخر جزء من أجزاء حياته فتبين أن قوم الأم عقلوا عنهم فيرجعون عليهم، وكذلك رجل أمر صبياً بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها عاقلة الآمر إن كان الأمر ثبت بالبينة، وفي مال الآمر إن كان ثبت بإقراره في ثلاث سنين من يوم يقضي بها على الآمر أو على عاقلته، لأن الدية تجب مؤجلة بطريق التيسير عليهم فكذا الرجوع بها تحقيقاً للمماثلة، ثم مسائل المعاقل من هذا الجنس كثيرة وأجوبتها مختلفة والضابط الذي يردّ كل جنس إلى أصله أن يقال: إن حال القاتل إن تبدّل حكماً بسبب حادث فانتقل من ولاء إلى ولاء لم تنتقل جنايته عن الأولى **قضى بها أو لم يقض**، وذلك كالولد المولود بين حرّة وعبد إذا جنى ثم أعتق الأب يجرّ ولاء الولد إلى قومه ولا تتحوّل الجناية عن عاقلة الأم قضى بها أو لم يقض، وكذا لو حفرهذا الغلام بئراً ثم أعتق أبوه ثم وقع فيها إنسان يقضي بالدية على عاقلة الأم لأن العبرة لحالة الحفر، ألا ترى أن العبد لو حفر بئراً في الطريق فباعه مولاه ثم وقع فيها إنسان فالضمان على البائع، ولو أعتقه مولاه بعد الحفر ولم يبعه ثم وقع فيها إنسان كان الضمان على المولى لما ذكرنا، ومن نظيره حربي أسلم ووالى رجلاً فجنى جناية ثم أعتق أبوه جرّ ولاءه لأن ولاء العتاقة أقوى وجنايته على عاقلة من والاه لأن العبرة لوقت الجناية وتحوّل الولاء بسبب حادث فلا يعتبر في حق تلك الجناية فلا يتبدل، وإن لم يتبدل حال القتل ولكن ظهرت حالة خفية فيه تحوّلت الجناية إلى

بقوله بخلاف ما إذا حوّل بعد القضاء اهـ **قوله: (قضى بها أو لم يقض)** لأنه إنما يصير مولى لقوم أبيه عند عتق أبيه، لأنه إنما صار الأب من أهل الولاء يومئذٍ، والجناية قد تقدمت على هذه الحالة فلا يستقيم إلزامها على قوم الأب ولم يكن مولى لهم وقت الجناية اهـ غاية.

الأخرى وقع القضاء بها، أو لم يقع وذلك مثل دعوة ولد الملاعنة وولد المكاتب إذا مات المكاتب عن وفاء وأمر الرجل الصبي بالجناية، ولو لم يتبدل حال الجاني ولم تظهر فيه الحالة الخفية ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت لقضاء لا غير فإن قضى بها على الأولى لم تنتقل إلى الثانية وإلا قضى بها على الثانية، وذلك مثل أن يكون من ديوان أهل الكوفة ثم جعل من ديوان أهل البصرة، وإن لم يكن فيه شيء مما ذكرنا ولكن لحق العاقلة زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده إلا فيما سبق أداؤه، فمن أحكم هذا الأصل وتأمل فيه أمكنه تخريج المسائل وردّ كل واقعة من النظائر والأضداد إلى أصلها، واللّه الهادي إلى الرشاد، وهو الموفق للعباد ويشرح صدورهم للسداد.

كتاب الوصايا

الإيصاء لغة طلب شيء من غيره ليفعله على غيب منه حال حياته وبعد وفاته، وفي الشرع ما ذكره في المختصر فقال: (الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت) يعني بطريق التبرع سواء كان عيناً أو منفعة.

قال رحمه اللّه: (وهي مستحبة) أي الوصية مستحبة هذا إذا لم يكن عليه حق مستحق للّه تعالى، فإن كان عليه حق مستحق للّه كالزكاة أو الصيام أو الحج أو الصلاة التي فرّط فيها فهي واجبة، والقياس يأبى جوازها لأنها تمليك مضاف إلى حال زوال الملك، ولو أضافه إلى حال قيامه بأن قال: ملكتك غداً كان باطلاً فهذا أولى إلا أن الشارع أجازها لحاجة الناس إليها لأن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله، فإذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج إلى تلافي ما فاته من التقصير بماله على وجه لو تحقق ما كان يخافه يحصل مقصوده المآلي / ، ولو اتسع الوقت وأحوجه إلى الانتفاع [٢٧١ ب/٣] به صرفه إلى حاجته الحالي فشرعها الشارع تمكيناً منه جل وعلا من العمل الصالح، وقضاء لحاجته عند احتياجه إلى تحصيل المصالح ومثله الإجارة لا تجوز قياساً لما فيها من إضافة تمليك المنافع إلى ما يستقبل من الزمان وأجازها الشارع للضرورة، وقد يبقى الملك بعد الموت باعتبار الحاجة كما بقي في قدر التجهيز والدين، وقد نطق بها الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ [النساء: ١١] والسنة وهو قوله ﷺ: «إن اللّه تصدّق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم»(١)، وعليه إجماع الأمة ثم تصح الوصية للأجنبي بالثلث من غير إجازة الوارث، ولا تجوز بما زاد على الثلث، لما روي عن سعد بن أبي وقاص رضي اللّه عنه أنه قال: «جاءني رسول اللّه ﷺ يعودني من وجع اشتدّ بي فقلت: يا رسول اللّه قد بلغ بي من الوجع ما ترى، وأنا ذو مال **ولا يرثني** إلا ابنة لي أفاتصدق بثلثي مالي، قال: لا **قلت: فالشطر** يا رسول اللّه قال: لا قلت:

كتاب الوصايا

قوله: (ولا يرثني) أي بالفرض وإلا فله عصبة كثيرة اهـ **قوله: (قلت: فالشطر)** الشطر منصوب بنزع الخافض أي أفأوصي بالشطر وفي بعض النسخ مضبوط بالجر ولا إشكال فيه

---

(١) تقدم تخريجه.

فالثلث قال: **الثلث** والثلث كثير أو كبير **إنك أن تذر** ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»[١]، ولأن حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب الزوال إليهم وهو استغناؤه عن المال إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره وأظهره في حق الورثة، لأن الظاهر أنه لا يتصدّق به عليهم تحرّزاً عما يتفق لهم من التأذي بالإيثار، وقد جاء في الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قال: «الحيف في الوصية من أكبر الكبائر»[٢]، وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للورثة.

قال رحمه اللّه: (ولا تصح بما زاد على الثلث ولا لقاتله ووارثه إن لم تجز الورثة) أما الأول فلما بينا، وأما الثاني فلقوله عليه الصلاة والسلام: «لا وصية لقاتل»[٣] وهو بإطلاقه يتناول القاتل مباشرة عمداً كان أو خطأ **بخلاف التسبيب** لأن التسبيب ليس بقتل حقيقة فلا يتناوله، ولأنه استعجل ما أخره اللّه فيحرم الوصية كالميراث سواء أوصى له قبل القتل ثم قتله أو أوصى له بعد الجرح لإطلاق ما رويناه، وأما الثالث فلقوله عليه الصلاة والسلام: «إن اللّه تعالى أعطى كل ذي حق حقه **فلا وصية لوارث**»[٤]، ولأن البعض يتأذى بإيثار البعض ففي تجويزه قطيعة الرحم، ولأنه حيف بالحديث الذي رويناه، ويعتبر كونه وارثاً أو غير وراث وقت الموت لا وقت الوصية لأنه تمليك مضاف إلى ما بعد الموت فيعتبر وقت التمليك، حتى لو أوصى

إذا هو الظاهر اهـ **قوله**: (**قال الثلث**) قال النووي: يجوز رفع الثلث ونصبه فالرفع على أنه فاعل أي يكفيك الثلث أو على أنه مبتدأ محذوف الخبر أو عكسه والنصب على الإغراء أو على تقدير أعط الثلث اهـ **قوله**: (**أن تذر**) مبتدأ وخير خبره والجملة خبر أن من أنك فالتقدير تركك أولادك أغنياء خير اهـ **قوله**: (**بخلاف التسبيب**) أي كما في حافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه اهـ غاية. **قوله**: (**فلا وصية لوارث**) مقتضى الحديث وعبارته في المتن وما ذكره الشارح من العلة أن الوصية لاتصح للوارث بالثلث ولا بغيره، وقول الشارح رحمه اللّه في آخر المقالة التي قبل هذه: ولأن حق الورثة تعلق بماله إلخ صريح فيما قلناه من عدم الصحة بالثلث، وبغيره وقد قال الولوالجي رحمه اللّه: في فتاواه ما نصه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث إلا أن تجيز ورثة الميت بعد موته، أم عدم الجواز عند عدم إجازة

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤ / ٤٠١).

(٣) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤ / ٤٠٢).

(٤) أخرجه الترمذي في الوصايا (٢١٢٠)، والنسائي في الوصايا (٣٦٤١)، وأبو داود في الوصايا (٢٨٧٠)، وابن ماجه في الوصايا (٢٧١٣)، وأحمد في مسنده (٢٧٨٤٩).

لأخيه وهو وارث ثم ولد له ابن صحت الوصية للأخ، وعكسه لو أوصى لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت الموصي بطلت الوصية للأخ لما ذكرنا، والهبة والصدقة من المريض لوارثه في هذا نظير الوصية لأنه وصية حكماً حتى يعتبر من الثلث، وإقرار المريض للوارث على عكسه فيعتبر كونه وارثاً أو غير وارث عند الإقرار لأنه تصرف في الحال فيعتبر حاله في ذلك الوقت حتى لو أقر لشخص وهو ليس بوارث له جاز الإقرار له وإن صار وارثاً له بعد ذلك، ولكن شرطه أن يكون وارثاً بسبب حادث بعد الإقرار، حتى لو أقر لابنه وهو عبد ثم أعتق قبل موت الأب جاز إقراره لأن إرثه بسبب حادث بعد الإقرار وهو الحرية، ولأن إقراره لمولاه وهو أجنبي عنه، وكذا لو أقر لأجنبية ثم تزوّجها لا يبطل إقراره لها، وأما إذا ورث بسبب قائم عند الإقرار لا يصح كما لو أقر لأخيه المحجوب بابنه ثم مات ابنه، وقوله: إن لم تجز الورثة راجع إلى الثلاثة المذكورة الوصية بما زاد على الثلث، وللقاتل وللوارث لأن الامتناع في الكل/ [٢٧٢/أ ٣] لحقهم فتجوز بإجازتهم، لا ترى إلى ما يروى عن ابن عباس رضي اللّه عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال: «لا تجوز وصية لوارث إلا أن تشاء الورثة»(١)، **وعن عمرو بن شعيب** عن أبيه عن جدّه إنه عليه الصلاة والسلام «قال: لا وصية لوارث إلا أن تجيزها الورثة»(٢)، ويشترط أن يكون المجيز من أهل التبرع بأن يكون بالغاً عاقلاً، وإن أجاز البعض دون البعض تجوز على المجيز بقدر حصته دون غيره لولايته على نفسه لا

الورثة فلما روي عن سعد بن أبي وقاص رضي اللّه عنه أنه قال: يا رسول اللّه أوصي بمالي كله قال: لا قال: بنصفه قال: لا قال: بثلثه قال: الثلث والثلث كثير، أما الجواز عند إجازة الورثة بعد الموت فلأن المنع كان لحقهم وقد أسقطوا حقهم فيزول المنع، وكذلك لو أوصى لوارثه، وإن قلَّ لم يجز إلا أن يجيز أصحابه بعد موت الموصي، أما عدم الجواز عند عدم الإجازة لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا وصية لوارث»، وأما الجواز عند الإجازة لما قلنا اهـ **قوله: (عن عمرو بن شعيب إلخ)** قال في شرح الطحاوي: وإن أجاز بعض الورثة ولم يجز البعض ففي حق الذي أجاز كأن كلهم أجازوا وفي حق الذي لم يجز كأن كلهم لم يجيزوا، وبيان ذلك إذا مات الرجل وترك ابنين وأوصى لرجل بنصف ماله فإن أجازت الورثة فالمال بينهم أرباعاً للموصى له ربعان وهو النصف، وربعان للابنين لكل واحد منهما ربع المال ولو لم يجيزوا فللموصى له ثلث المال، والثلثان للابنين لكل واحد منهما ثلث المال، ولو أجاز واحد ولم يجز الآخر جاز في حق الذي أجاز كأنهما أجازا ويعطي له ربع المال وفي حق الذي لم يجز كأنهما لم يجيزا يعطي له ثلث المال، والباقي يكون للموصى

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٦/٢٦٣).

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/٤٠٥).

على غيره، ولا معتبر بإجازتهم في حال حياته لأنها قبل ثبوت الحق إذ الحق يثبت لهم بالموت فكان لهم أن يرجعوا عن الإجازة بعد موت الموصي، ويردّوا تلك الإجازة لأنها وقعت ساقطة لعدم مصادفتها المحل، وكل ساقط في نفسه مضمحل متلاشٍ فكان لهم أن يردّوه بعد موت المورّث، ولا يقال: كيف تكون تلك الإجازة ساقطة مع ثبوت حق الورثة في ماله من أول ما مرض بدليل منعه من التصرف لحقهم، ولكن ذلك الثبوت على سبيل التوقف فإذا مات ظهر أن حقهم كان ثابتاً من أول المرض، وأن الإجازة صادفت محلها لاستناد حقهم إلى أول المرض فصار كإجازتهم بعد موته، لأنا نقول: الاستناد إنما يظهر في حق القائم فإجازتهم حين وقعت في حياته وقعت باطلة، وما وقع باطلاً لا يكون قائماً بنفسه فلا يظهر في حقه الاستناد، ولأن حقيقة الملك للورثة تثبت عند الموت وقبله يثبت لهم مجرد الحق، فلو استند من كل وجه لانقلب الحق حقيقة قبل موته، وهذا لا يتصوّر لوجود المانع وهو ملك المورث حقيقة فإذا لم يتصوّر بقي حقاً على حاله لا حقيقة، والرضا ببطلان ذلك الحق **لا يكون رضا ببطلان حقيقة الملك** الذي يحدث لهم بعد موته بخلاف ما إذا أجازوها بعد موته **حيث لا يكون لهم** أن يرجعوا عنها لأنها وقعت بعد ثبوت الملك حقيقة فتلزم، ثم إذا صحت الإجازة بعد موته يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا حتى يجبر الوارث على التسليم، ولو أعتق عبداً في مرضه ولا مال له غيره وأجازت الورثة العتق كان الولاء كله للميت، ولو كان الوارث متزوجاً بجارية المورث ولا مال له غيرها فأوصى بها لغيره فأجاز الوارث وهو الزوج الوصية لا يبطل نكاحه، وقال الشافعي رحمه اللّه: يملك الموصى له من جهة المجيز حتى لا يجبر على التسليم عنده ويكون له ثلثا الولاء في مسألة العتق ويفسد النكاح، لأن الميت لا حق له إلا في الثلث، ولهذا لا تنفذ وصيته بما زاد على الثلث ويبطلها الوارث فيكون الزائد على الثلث ملكاً للوارث حقيقة، فإذا أجاز صار مملكاً له من جهته ضرورة، ولنا أن الوصية صدرت من الموصي وصادفت ملكه حالاً ومآلاً، لأن جميع ماله مملوك له وقت الوصية وبعد الموت وهو باقٍ على حكم ملكه، ولهذا يبدأ بحوائجه ولا يملك الوارث إلا ما فضل عن حاجته كتجهيزه وقضاء ديونه، ولا يملك ما كان مشغولاً

له فيجعل المال على اثني عشر لحاجتنا إلى الثلث والربع فالربع للذي أجاز وهو ثلاثة أسهم، والثلث للذي لم يجز وهو أربعة أسهم وبقي خمسة فهي للموصى له اهـ غاية. **قوله: (لا يكون رضاً ببطلان حقيقة الملك إلخ)** وقال محمد في الكتاب: بلغنا ذلك عن ابن مسعود يعني أن إجازة الورثة للوصية قبل الموت ليست بشيء اهـ إتقاني. **قوله: (حيث لا يكون لهم إلخ)** قال ابن أبي ليلى: ليس لهم أن يرجعوا إلى الوجهين لأن حقهم ثبت في مرض الموت

بحاجته من ماله، فإذا أوصى صار مشغولاً بها لكن للورثة نقضها في ما زاد على الثلث لما فيه من إبطال حقهم، فإذا أجازوا الوصية ظهر أنه لم يكن متنقلاً إلى ملكهم وسقط حقهم ونفذ العقد السابق كالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن، ولا يقال: لو كان الوارث مريضاً فأجاز يعتبر من ثلثه فدل على أنه تمليك منه، لأنا نقول: إسقاط الحق يعتبر من الثلث كإجازته العتق والبيع الذي فيه محاباة، وليس بتمليك من جهته فكذا هذا، وثمرة الخلاف تظهر فيما ذكرنا في تملك الموصى له قبل القبض وعنده لا يتملك، وفي مشاع يحتمل القسمة حيث تجوز الإجازة فيه عندنا وعنده لا تجوز، وقال أبو يوسف رحمه الله: الوصية للقاتل لا تجوز بإجازة الورثة لأن امتناعها للجناية وهي باقية، ولهما أن امتناعها لحق / الورثة لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع [٢٧٢ب/٣] بطلان الوصية للورثة، ولأنهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم.

قال رحمه الله: (**ويوصي المسلم للذمي** وبالعكس) أي يجوز أن يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم، فالأول لقوله تعالى: ﴿لا ينهاكم الله﴾ [الممتحنة:٨] الآية، **والثاني**: لأنهم بعقد الذمة التحقوا بالمسلمين في المعاملات، ولهذا جاز التبرع المنجز في حالة الحياة من الجانبين فكذا المضاف إلى ما بعد الممات، وفي الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب باطلة لقوله تعالى: ﴿إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين﴾ [الممتحنة:٩] الآية، وقال في النهاية: ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم، ثم قال: ووجه التوفيق أنه لا ينبغي أن يوصي لهم وإن فعل ثبت الملك لهم **لأنهم من أهل الملك**، والمستأمن كالذمي في حق الوصية لأن له أن يملكه المال حال حياته فكذا مضافاً إلى ما بعد مماته.

قال رحمه الله: (وقبولها **بعد موته** وبطل ردّها وقبولها في حياته) أي قبول

فإذا مات تبين أنهم أسقطوا حقه بعد ثبوته فصح اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ويوصي المسلم للذمي إلخ)** يجوز للمسلم أن يوصي لفقراء النصارى لأن ذلك ليس بمعصية بخلاف بناء البيعة اهـ خان. **قوله: (والثاني)** قال الإتقاني: فلأن من جاز وصية المسلم له جاز وصيته للمسلم كالمسلم اهـ **قوله: (لأنهم من أهل الملك)** أما وصية الحربي لمسلم أو ذمي بماله كله فذلك جائز، وسيجيء بيانه في باب وصية الذمي، وقال في مختصر الأسرار: إذا أوصى المسلم للحربي لم تصح الوصية مع اختلاف الدار خلافاً للشافعي لقوله تعالى: ﴿إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم﴾ [الممتحنة:٩] الآية، ولأن في دفع الوصية إليهم تقويةلهم على حربنا، وفي تكثير مالهم إضرار للمسلمين وصار كما لو أوصى بالسلاح وبالعبد المسلم، ولأن من لا تجوز له الوصية بالعبد المسلم لا تجوز له الوصية بالمال اهـ إتقاني. وقال العيني في شرحه: ولا تصح للحربي عندنا خلافاً للثلاثة اهـ **قوله في المتن:**

الوصية بعد موت الموصي لأن أوان ثبوت حكمها بعد الموت فلا يعتبر قبوله ولا ردّه قبله، كما لا يعتبران قبل عقد الوصية فصار كما إذا قال: لامرأته أنت طالق على ألف درهم غداً فإنّ ردّها وقبولها قبل مجيء الغد باطل لما ذكرنا، وقال زفر رحمه اللّه: إذا ردّ الوصية في حال حياة الموصي لم يجز قبوله بعد موته، لأن إيجابه كان في حياته وقد ردّه فبطل والحجة عليه ما بينا.

قال رحمه اللّه: (وندب النقص من الثلث) أي يستحب أن يوصي بأقل من الثلث سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لأن في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم، بخلاف ما إذا استكمل الثلث لأنه استوفى حقه على التمام فتفوته الصلة على القريب، وإليه أشار أبو بكر وعمر رضي اللّه عنهما بقولهما لأن يوصي بالخمس أحب إلينا من أن يوصي بالربع، ولأن يوصي بالربع أحب إلينا من أن يوصي بالثلث، وترك الوصية أفضل إذا كانت الورثة فقراء لا يستغنون بما يرثون منه لما فيه من الصلة والصدقة على القريب، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «أفضل الصدقة على ذي الرحم **الكاشح**»[1]، وقال عليه الصلاة والسلام: «أن تدع ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم فقراء»[2] الحديث، ولأن فيه رعاية الجانبين الفقر والقرابة والوصية بأقل من الثلث أولى من تركها إذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بماله، لأنه جمع بين الصدقة على الأجنبي والهبة من القريب، **وقيل: الأولى** أولى لأنه يبتغي بها رضا اللّه

(**وقبولها بعد موته إلخ**) اعلم أن قبول الموصى له شرط لإفادة الملك للموصى له حتى لا يملك قبل القبول إلا في مسألة واحدة سيجيء بيانها بعد هذا اهـ إتقاني. وكتب ما نصه قال الكرخي في مختصره: قبول الموصى له وردّه إنما يكون بعد موت الموصي ولا ينظر إلى ردّه ولا إلى إجازته قبل الموت، وإذا قبل الموصى له بعد موت الموصي ملك ما أوصى له به إذا كان قدر الثلث فإن لم يقبل بعد الموت فالوصية موقوفة على قبوله لا تصير في ملكه حتى يقبل، وهي خارجة عن الموصي بموته ليست في ملك الوارث ولا في ملك الموصى له حتى يقبل أو يموت فيكون ماأوصى له لورثته من بعده، وموته كقبوله عند أصحاب أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وجعلوا ذلك بمنزلة البيع إذا كان فيه الخيار للمشتري دون البائع فمات المشتري في الثلاث، فإن البيع يتم وتكون السلعة موروثة على المشتري إلى هنا لفظه اهـ إتقاني. **قوله: (الكاشح)** الكاشح الذي يخفي عداوته في كشحه والكشح ما بين الخاصرة إلى الضلع، وقيل: الكاشح الذي أعرض وولاك كشحه، وإنما كانت الصدقة عليه أفضل لما فيه من مخالفة النفس وقهرهاولا كذلك في ذي الرحم

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٤٨٩٦)، والدارمي في الزكاة (١٦٧٩).

(٢) تقدم تخريجه.

تعالى وبالهبة رضاهم، وقيل: يخير لأن كل واحد منهما يشتمل على فضيلة وهي الصدقة أو الصلة فكان له أن يفعل أحدهما أيهما شاء أو يجمع بينهما.

قال رحمه الله: ﴿**وملك بقبوله**﴾ أي الموصى له يملك بالقبول، وقال الشافعي وزفر رحمهما الله: يملك بدون القبول لأنها خلافة فلا يحتاج فيها إلى القبول كالميراث، ولنا أن الوصية إثبات ملك جديد ولهذا لا يردّ الموصى له بالعيب ولا يردّ عليه به، ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره بدون اختياره، بخلاف الميراث لأنها خلافة حتى تثبت هذه الأحكام فتثبت جبراً من الشارع من غير قبول لولايته عليه ولأنه لو ثبت الملك بدون قبوله لتضرر به بأن أوصى له بعبد أعمى أو دنان مكسرة أو بزبل مجتمع في داره فإنه يجب عليه نفقة العبد ونقل المكسر والزبل تفريغاً لملك الغير عن ملكه.

قال رحمه الله: ﴿إلا أن يموت الموصى له بعد موت الموصي قبل قبوله فإنه يملكه بدون القبول﴾ وهذا استحسان والقياس أن تبطل الوصية لما بيّنا أن أحداً لا يقدر على إثبات الملك بدون اختياره فصار كموت المشتري قبل القبول بعد إيجاب البائع، وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماماً لا يلحقه الفسخ / من جهته، وإنما يتوقف لحق الموصى له، فإذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري أو البائع ثم مات من له الخيارقبل الإجازة، وكذا إذا أوصى للجنين يدخل في ملكه من غير قبول استحساناً لعدم من يلي عليه حتى يقبل عنه. [٢٧٣/أ ٣]

قال رحمه الله: ﴿**ولا تصح وصية المديون إن كان الدين محيطاً بماله**﴾ **لأن الدين مقدم على الوصية** لأنه أهم لكونه قرضاً والوصية بغير الواجب تبرع وبالواجب، وإن كان فرضاً لكن حق العبد مقدم وحق الشارع من الصلاة وغيره يسقط بالموت على ما

الصديق اهـ كاكي. **قوله**: ﴿**وقيل: الأولى**﴾ أي الصدقة على الأجنبي اهـ **قوله في المتن**: ﴿**وملك بقبوله**﴾ قال الإتقاني: ثم القبول كما في شرح الطحاوي على ضربين قبول بالصريح، وقبول بالدليل فالصريح أن يقول: بعد موت الموصي قبلت والدليل أن يموت الموصى له قبل القبول، والرد بعد موت الموصي فيكون موته قبولاً لوصيته، ويكون ذلك ميراثاً لورثته اهـ إتقاني. **قوله في المتن**: ﴿**ولا تصح وصية المديون إن كان الدين محيطاً بماله**﴾ إلا أن يبرئ الغرماء الموصى من الدين فحينئذٍ تجوز وصيته في الثلث أو في أكثر منه على تقدير إجازة الورثة أو عدمها لعدم المانع وهو الدين اهـ إتقاني. **قوله**: ﴿**لأن الدين مقدم على الوصية**﴾ أي بالإجماع وإن كانت الوصية مقدمة عليه في الذكر في قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي

عرف في موضعه فتكون الوصية به كالتبرع، وقال علي رضي الله عنه: إنكم تقرؤون الوصية قبل الدين **وكان رسول الله ﷺ**: «**يبدأ بالدين**»(١).

قال رحمه الله: (والصبي) وقال الشافعي رحمه الله: تصح وصية الصبي إذا كان في وجوه الخير لأن عمر رضي الله تعالى عنه أجاز وصية يافع وهو الذي راهق الحلم، ولأن فيه نظراً له بتحصيل التقرّب إلى الله تعالى ولو لم ينفذ يبقى ملكاً لغيره ولا نظر له فيه، وهذا لأن المنع من التبرع حال حياته للنظر له حتى ينتفع بماله وبعد الموت ينعكس النظر فتنفذ، ولأن الوصية أخت الميراث والصبي في الإرث عنه بعد موته كالبالغ فكذا في الوصية، **ولنا أنها تبرع** فلا تصح كالهبة والصدقة، وهذا لأن اعتبار عقله في النفع والضر باعتبار أوضاع التصرفات لا باعتبار ما يتفق بحكم الحال، ألا ترى أن طلاقه لا يقع وإن تضمن نفعاً في بعض الأحوال، ولأن قوله غير ملزم وتصحيح وصيته يؤدّي إلى القول بأن قوله ملزم، الأثر محمول على أنه كان قريب العهد بالبلوغ فسمي يافعاً مجازاً، ولهذا لم يستفسر عمر رضي الله عنه أن وصيته كانت في القرب أو غيرها ويحتمل أن وصيته كانت في تجهيزه وذلك جائز عندنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته فلا يتعين فيها النفع، وكذا إذا أوصى ثم مات بعد الإدراك لم تجز تلك الوصية لعدم الأهلية وقت المباشرة، وكذلك إذا قال: إذا أدركت فثلث مالي لفلان وصية لأنه ليس بأهل لقول ملزم فلا يملكه تنجيزاً ولا تعليقاً كما في الطلاق والعتاق **بخلاف العبد** والمكاتب لأن أهليتهما كاملة، وإنما منعاً لحق المولى فتصح إضافتهما إلى حال سقوط حق المولى **بأن يقول**: كل واحد منهما إن أعتقت فثلث مالي وصية لفلان أو للمساكين.

بها أو دين﴾ [النساء: ١٢] اهـ إتقاني. **قوله**: (**وكان رسول الله ﷺ يبدأ بالدين**) أي يقول: الدين قبل الوصية ومعناه إن في الآية تقديماً وتأخيراً ثم هما جميعاً مقدمان على الميراث اهـ قال في الكشاف: فإن قلت: لم قدمت الوصية على الدين والدين مقدم عليها في الشريعة، قلت: لما كانت الوصية مشبهة للميراث في كونها مأخوذة من غير عوض كان إخراجها مما يشق على الورثة ولا تطيب أنفسهم بها فكان أداؤها مظنة للتفريط بخلاف الدين، فإن النفوس مطمئنة إلى أدائه فلذلك قدمت على الدين بعثاً على المسارعة إلى إخراجها مع الدين ولذلك جيء بكلمة أو للتسوية بينهما في الوجوب اهـ إتقاني. **قوله**: (**ولنا أنها تبرع**) محض بالإجماع والصبي ليس من أهل التبرع اهـ غاية. **قوله**: (**بخلاف العبد**) أي إذا قال: إن أعتقت ثم مت فثلثي لفلان اهـ غاية. **قوله**: (**بأن يقول: إلخ**) متعلق

---

(١) أخرجه الترمذي في الوصايا (٢١٢٢) بلفظ «قضى بالدين قبل الوصية» وكذلك ابن ماجه في الوصايا (٢٧١٥)، وأحمد في مسنده (٥٩٦).

قال رحمه الله: (والمكاتب) أي لا تصح وصية المكاتب لأن الوصية تبرع وهو ليس من أهله، ثم اعلم أن وصية المكاتب ثلاثة أقسام: قسم باطل بالإجماع وهو الوصية بعين من أعيان ماله لأنه لا ملك له حقيقة فلا تصح كمن أوصى بعتق عبد غيره ثم ملكه، ولو أجازها بعد العتق جازت على أن الإجازة إنشاء للوصية لأن الوصية تصح بلفظة الإجازة، بخلاف ما إذا أعتق عبده ثم أجاز العتق بعد الحرّيةحيث لا يجوز لأن العتق لا يجوز بلفظة الإجازة، وقسم يجوز بالإجماع وهو ما إذا أضاف الوصية إلى ما يملكه بعد العتق بأن قال: إذا أعتقت فثلث مالي وصية لفلان أو أوصيت بثلث مالي له حتى لو عتق قبل الموت بأداء بدل الكتابة أو غيره ثم مات كان للموصى له ثلث ماله، وإن لم يعتق حتى مات عن وفاء بطلب الوصية لأن الملك له حقيقة لم يوجد إذ لم تثبت الحرّية له في حال حياته مطلقاً، وإنما تثبت بطريق الضرورة فلا يظهر في حق نفاذ الوصية وقسم مختلف فيه وهو ما إذا قال: أوصيت بثلث مالي لفلان ثم عتق فالوصية باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما جائزة، وهذا بناء على أن للمكاتب نوعي ملك حقيقي وهو ما بعد العتق ومجازي وهو ما قبل العتق، فعند أبي حنيفة رحمه الله ينصرف إلى المجازي لأنه هو الظاهر لأن الظاهر بقاء ما كان على ما كان والآخر ليس بموجود / ، والظاهر بقاؤه على العدم فلا [٢٧٣ب/٣] ينصرف إليه اللفظ، وعندهما ينصرف إلى الحقيقي وهو ما يملكه بعد الحرية المطلقة لأنه القابل لهذا الحكم، وهو الوصية تصحيحاً لتصرفه أو يتناول النوعين فتصح فيما يقبل ولا تصح فيما لا يقبل، كما إذا قال الحرّ: كل عبد اشتريته فهو حرّ ينصرف إلى ما يشتريه لنفسه ولغيره فيعتق ما يشتريه لنفسه ولا يعتق الآخر وتنحلّ به اليمين حتى إذا اشتراه بعد ذلك لا يعتق هكذا ذكر المسألة في شرح الزيادات، قال العبد الفقير إلى الله تعالى: ينبغي أن تكون هذه المسألة مثل مسألة اليمين المذكورة في باب الحنث في ملك المكاتب والمأذون من أيمان الجامع الكبير، وهي ما إذا قال أحدهما: إذ أعتقت فكل مملوك أملكه فهو حرّ يصح ويعتق إذا ملك عبداً بعد العتق، ولو قال: كل مملوك أملكه فهو حرّ فأعتق ثم ملك عبداً لا يعتق، لأن قوله: أملكه يتناول الحال وهو غير قابل له، ولو قال: كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر يعتق عندهما ما يملكه بعد العتق لأنه ينصرف إلى ملك قابل له وهو ما بعد الحرّية ولا يعتق عند أبي حنيفة رحمه الله، لأنه ينصرف إلى الملك الظاهر وهو ما قبل العتق كما إذا قال للمنكوحة نكاحاً فاسداً: إن طلقتك فعبدي حرّ ينصرف إلى الطلاق في هذا النكاح الفاسد لأنه هو الظاهر جعل الخلاف في هذه المسألة فيما إذا قال: فكل مملوك أملكه فيما استقبل، وفي مسألة الوصية جعله من غير ذكر الاستقبال

وهذا ظاهره تناقض، ويحتمل أن يكون لكل واحد منهم روايتان في المسألتين وإلا فلا فرق بينهما من حيث الوضع وكيف يختلفان في الجواب.

قال رحمه الله: (**وتصح الوصية للحمل وبه إن ولدت** لأقل مدته من وقت الوصية) أما الأوّل فلأن الوصية استخلاف من وجه لأنه يجعله خليفة في بعض ماله، والجنين يصلح خليفة في الإرث فكذا في الوصية إذ هي أخته غير أنها ترتد بالردّ لما فيها من معنى التمليك بخلاف الهبة لأنها تمليك محض ولا ولاية لأحد عليه حتى يملكه شيئاً، ولا يقال: الوصية شرطها القبول والجنين ليس من أهله فكيف تصح، لأنا نقول: الوصية تشبه الهبة وتشبه الميراث فلشبهها بالهبة يشترط القبول إذا أمكن ولشبهها بالميراث يسقط إذا لم يمكن عملاً بالشبهين، ولهذا يسقط بموت الموصى له قبل القبول، وأما الثاني وهو ما إذا أوصى بالحمل فلأنه يجري فيه الإرث فتجري فيه الوصية أيضاً لأنها أخته ثم شرط في الهداية أن يولد لأقل من ستةأشهر فيهما مثل ما ذكر في هذا المختصر، وقال في النهاية: تجوز الوصية للحمل وبالحمل إذا وضع لأقل من ستة أشهر أي من وقت موت الموصي لا من وقت الوصية من غير تفصيل، وذكر في الكافي ما يدل على أنه إن أوصى له يعتبر من وقت الوصية، وإن أوصى به يعتبر من وقت الموت.

قال رحمه الله: (ولا تصح الهبة له) أي للحمل لأن الهبة من شرطها القبول والقبض ولا يتصوّر ذلك من الجنين ولا يلي عليه أحد حتى يقبض عنه فصار كالبيع.

قال رحمه الله: (وإن أوصى بأمة إلا حملها صحت الوصية والاستثناء) لأن الحمل لا يتناوله اسم الجارية لفظاً، وإنما يستحق بالإطلاق تبعاً فإذا أفرد الأم بالوصية

بقوله: بخلاف العبد والمكاتب اهـ **قوله: (وهذا ظاهره إلخ)** لا تناقض لأن وضع الوصية للاستقبال فلا حاجة إلى ذكره اهـ **قوله في المتن: (وتصح الوصية للحمل وبه إن ولدت إلخ)** هذا إذا كان زوج الحامل حياً فإن كان ميتاً فالشرط أن تأتي به لأقل من سنتين وهو حي، وإن أتت به ميتاً لا تجوز الوصية لأنه إذا أتت به حياً لأقل من سنتين يثبت وجوده وقت الوصية حكماً لإثبات النسب من الزوج لأن النسب إنما يثبت باعتبار العلوق قبل الموت لا باعتبار العلوق الحادث بعد الموت فلما حكمنا بثبوت النسب من الزوج فقد حكمنا بوجوده يوم موت الموصي، لأن الموصي مات بعد الزوج بخلاف ما لو كان الزوج حياً فولدت لستة أشهر من يوم موت الموصي لا تصح الوصية، لأن الوطء إذا كان حلالاً والزوج متمكناً من الوطء فإنما يحال بالعلوق إلى أقرب الأوقات فإذا أحيل بالعلوق إلى أقرب الأوقات لا يتيقن بوجود الحبل يوم موت الموصي إلا إذا أتت به لأقل من ستة أشهر، فأما إذا كان الزوج ميتاً فإنه يحال بالعلوق إلى أبعد الأوقات حملاً لأمرها على الصلاح اهـ

صح إفراد، ولأن الحمل يجوز إفراده بالوصية فكذا استثناؤه منها لأن كل ما جاز إيراد العقد عليه جاز إخراجه من العقد على ما مر في البيوع ويكون الاستثناء منقطعاً بمعنى لكن إذ لم يدخل تحت اللفظ.

قال رحمه الله: (وله الرجوع عن الوصية قولاً وفعلاً بأن باع أو وهب أو قطع الثوب أو ذبح الشاة) لأن الوصية تبرع فجاز الرجوع عنها مطلقاً كما في الهبة قبل القبض، ولأن قبول الوصية بعد الموت فجاز الرجوع عنها قبل القبول كما في سائر العقود كالبيع وغيره، ثم الرجوع قد يثبت صريحاً بأن يقول: رجعت/ عن الوصية وهو [٢٧٤ أ ٣/١] المراد بقوله، وله الرجوع عن الوصية قولاً وقد يثبت دلالة بأن يفعل بالشيء الموصى به فعلاً يدل على الرجوع وهو المراد بقوله: وفعلاً بأن باع أو وهب أو قطع الثوب أو ذبح الشاة ونظيره البيع بخيار الشرط أو الشراء به، فإن الفسخ أو الإجازة تكون بالصريح وبالدلالة، ثم الأصل فيه أن كل فعل لو فعله الإنسان في ملك غيره بغير إذن مالكه ينقطع به حق المالك، فإذا فعله الموصي بالعين الموصى بها كان رجوعاً، كما إذا اتخذ الحديد سيفاً أو الصفر آنية لأنه لما أثر في قطع ملك المالك فلأن يؤثر في المنع أولى، وكذا كل فعل يوجب زيادة في الموصى به لا يمكن تسليمها إلا به فهو رجوع إذا فعله فيه، وكذا كل تصرف أوجب زوال الملك فهو رجوع، وكذا إذا خلطه بغيره بحيث لا يمكن تمييزه، فإذا ثبت هذا فنقول: إذا أوصى بثوب ثم قطعه وخاطه أو بقطن ثم غزله أو بغزل فنسجه ينقطع به حق المالك إذا وجد ذلك من الغاصب فتبطل به الوصية لأنه تبدّل اسمه وصار عيناً آخر غير الموصى به، **وكذا لو أوصى بسويق** فلته بسمن أوبالعكس أو بدار فبنى فيها أو بقطن فحشا به أو ببطانة فبطن بها أو بظهارة فظهر بها بطلت الوصية، لأنه لا يمكن تسليم الموصى به وحده للاختلاط بغيره، وكذا لو باع العين الموصى بها أو وهبها بطلت الوصية لزوال ملكه عنه حتى لو ملكه بالشراء أو بالرجوع عن الهبة لا تعود الوصية، **وذبح الشاة الموصى بها استهلاك** فتبطل به الوصية، بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها وغسل الثوب الموصى به حيث لا يكون رجوعاً لأنه تصرف في التبع، ومن أراد أن يعطي ثوبه غيره

محيط. **قوله: (وكذا لو أوصى بسويق)** في الهداية جعل هذا نظير فعل يوجب زيادة في الموصى به وجعل في الكفاية هذا نظير الخلط بغيره اهـ **قوله: (وذبح الشاة الموصى بها استهلاك)** فيه نظر إذ الغاصب لا يملك الشاة بالذبح فقط وجعل في الكفاية من أنواع الرجوع دلالة ما إذا نقص الموصي الموصى به حتى خرج عن هيئة الادخار والبقاء إلى يوم الموت ومثل له بذبح الشاة، وقال الاقطع: ألا ترى أن الملك في الوصية يقع بالموت والشاة

يغسله عادة فكان تقريراً معنى، ولو أوصى برطب فصار تمراً لا تبطل الوصية استحساناً بخلاف ما إذا أوصى بعنب فصار زبيباً، والفرق أن الرطب والتمر جنس واحد، ولهذا جاز استيفاء أحدهما مكان الآخر في السلم، وبخلاف ما إذا أوصى بالكفرّى فصار رطباً حيث تبطل الوصية للتبدل، وكذا إذا أوصى ببيض فصار فرخاً ولو كان التغير في هذه المسائل بعد موت الموصي لا تبطل الوصية سواء كان قبل القبول أو بعده.

قال رحمه اللّه: (والجحود لا يكون رجوعاً) **كذا ذكره محمد** رحمه اللّه في الجامع الكبير، وذكر في المبسوط أنه رجوع قيل: ما ذكر في المبسوط محمول على أن الرجوع كان في حضرة الموصى له، وما ذكر في الجامع محمول على أن الرجوع في غيبته، ومنهم من قال: ما ذكر في الجامع قول محمد رحمه اللّه، وما ذكر في المبسوط قول أبي يوسف رحمه اللّه وصاحب الهداية منهم وهو الصحيح، لأبي يوسف رحمه اللّه أن الجحود نفي في الماضي والحال فكان أقوى من الرجوع إذ هو نفي في الحال فقط فكان أولى أن يكون رجوعاً، ولهذا كان جحود التوكيل عزلاً وجحود المتبايعين البيع إقالة، **ولمحمد رحمه اللّه تعالى أن الجحود** نفي في الماضي، والانتفاء في الحال ضرورة ذلك، وإذا كان ثابتاً في الماضي كان ثابتاً في الحال فكان الجحود لغواً، ولأن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي فيهما لأن حقيقته نفي في الماضي ويلزم منه الانتفاء في الحال إن كان صادقاً فلا يكون أحدهما أخص من الآخر مع اختلاف حقيقتهما، ولهذا لا يكون جحود النكاح طلاقاً ولو قال: كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام أو ربا لا يكون رجوعاً لأن الوصف يستدعي بقاء الأصل بخلاف ما إذا قال: فهي باطلة لأنه الذاهب المتلاشي، ولو قال: أخرتها لا يكون رجوعاً لأن التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين، بخلاف ما إذا قال تركت لأنه إسقاط، ولو قال: العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعاً لأن اللفظ يدل على قطع الشركة، بخلاف ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها، وكذا إذا قال: فهو لفلان وارثي يكون

المذبوحة لا تبقى إلى ذلك الوقت فدل على الرجوع اهـ **قوله: (كذا ذكره محمد إلخ)** وفي نوادر ابن سماعة عن محمد إذا أوصى لرجل ثم قال:لم أوص له لم يكن رجوعاً، ولو قال: اشهدوا أني لا أوصي له فهو رجوع، وكذلك لو وكل وكيلاً ببيع عبده ثم قال: اشهدوا أني لم أوكله فهو كذب وهو وكيل، وإن قال: اشهدوا أني لا أوكله ببيع العبد فهو عزل اهـ أجناس في الغصب اهـ **قوله: (ولمحمد أن الجحود إلخ)** في النهاية تأخير المصنف دليل

رجوعاً عن الأول ويكون وصية/ للوارث وحكمه أنه يجوز إن أجازته الورثة، ولو كان [٢٧٤ب/٣] فلان الآخر ميتاً حين أوصى فالوصية الأولى على حالها لأن الوصية الأولى إنما تبطل ضرورة، كونها للثاني ولم تكن فبقي الأول على حاله، ولو كان فلان حين قال: ذلك حياً ثم مات قبل موت الموصي فهو للورثة لبطلان الوصيتين الأولى بالرجوع والثانية بالموت والله أعلم.

باب الوصية بثلث المال

قال رحمه الله: (أوصى لذا بثلث ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فثلثه لهما) أي إذا لم تجز الورثة الوصيتين كان الثلث بينهما لأن ثلث المال يضيق عن حقهما إذ لا يزاد عليه عند عدم الإجازة وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق، والمحل يقبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين لاستواء حقهما، ولم يوجد ما يدل على الرجوع عن الأولى بخلاف ما إذا قال: العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان حيث يكون العبد كله للثاني لوجود ما يدل على الرجوع عن الأولى على ما مرّ.

قال رحمه الله: (وإن أوصى لآخر بسدس ماله فالثلث بينهما أثلاثاً) معناه مع الوصية الأولى وهي الوصية بثلث ماله لأن كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعاً وضاق الثلث عن حقهما، إذ لا مزيد للوصية على الثلث فيقتسمان الثلث على قدر حقهما فيجعل السدس سهماً لأنه الأقل فصارت ثلاثة أسهم لصاحب السدس سهم ولصاحب الثلث سهمان.

قال رحمه الله: (وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله **ولم تجزه فثلثه بينهما نصفان**) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله (ولا يضرب الموصى له بما زاد

محمد يدل على أن اختياره قول محمد ولكن ذكر في الذخيرة والمبسوط، والأصح قول أبي يوسف اهـ كاكي. وجعل في المجمع قول محمد مختاراً للفتوى اهـ.

باب الوصية بثلث المال

قوله في المتن: (ولم تجزه) قيد بعدم إجازة الورثة لأنه إذا أجاز الورثة يكون لصاحب الجميع خمسة، ولصاحب الثلث سهم واحد عند أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف ومحمد لصاحب الجميع ثلاثة أرباعه، ولصاحب الثلث ربعه والأصل في جنس هذه المسائل أن القسمة عند أبي حنيفة عند اجتماع الوصايا في العين بطريق المنازعة وعند أبي يوسف ومحمد بطريق العول والمضاربة اهـ غاية. قال في المجمع: أو بكل وثلث

على الثلث إلا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة) عنده وعندهما الثلث بينهما أرباعاً سهم لصاحب الثلث وثلاثة أسهم لصاحب الجميع فيضرب الموصى له بما زاد على الثلث، لأن الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة، ولا مانع من التفضيل فيثبت كم في السعاية وأختيها، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن الوصية بما زاد على الثلث وقعت بغير مشروع عند عدم الإجازة من الورثة إذ لا يتصوّر نفاذها بحال فتبطل أصلاً، ولا يعتبر الباطل والتفضيل ثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلان الاستحقاق كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع تبطل ببطلان البيع بخلاف الوصية بالدراهم المرسلة وأختيها، لأن لها نفاذاً في الجملة بدون إجازة الورثة بأن كان في المال سعة فيعتبر فيها التفاضل فيضرب كل واحد منهم بجميع حقه لكونه مشروعاً، ولاحتمال أن يصل كل واحد منهم إلى جميع حقه بأن يظهرله مال فيخرج الكل من الثلث، وقال في الهداية: وهذا بخلاف ما إذا أوصى بعين من تركته قيمتها تزيد على الثلث فإنه يضرب بالثلث وإن احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث لأن هناك الحق يتعلق بعين التركة بدليل أنها لو هلكت واستفاد مالاً آخر

فالكل مقسوم أسداساً مع الإجازة والثلث مع عدمها نصفين وقالا: أرباعاً فيهما اهـ **قوله في المتن: (فثلثه بينهما نصفان)** قال في المصفى: إذا لم تجز الورثة يقسم الثلث عنده نصفين لأن الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب إلا بالثلث فصارا سواء، وإن أجازت الورثة قال في الإيضاح: ليس عن أبي حنيفة في هذا نص، واختلفوا في قياس قوله: عند إجازة الورثة فقال أبو يوسف: يقسم المال بينهما أسداساً بطريق المنازعة خمسة أسداسه لصاحب الجميع والسدس لصاحب الثلث، ووجهه أن نقول: لا منازعة لصاحب الثلث فيما زاد على الثلث فيدفع الثلثان إلى صاحب الجميع بلا منازعة واستوت منازعتهما في الثلث فيكون بينهما نصفان فيصيب صاحب الثلث السدس وصاحب الجميع خمسة أسداسه، وقال الحسن بن زياد: ما قاله أبو يوسف قبيح فإنه يصيب الموصى له عند عدم الإجازة نصف الثلث، والآن كذلك لأن السدس نصف الثلث بل يجب للموصى له بالثلث ربع المال والموصى له بالجميع ثلاثة أرباعه ووجهه أن يقسم الثلث أوّلاً بينهما، لأن الإجازة في قدر الثلث ساقطة العبرة ثم يقسم الثلثان فنقول: أصل المسألة من ثلاثة لحاجتنا إلى الثلث ثم الثلث وهو سهم واحد يقسم بينهما نصفان أوّلاً لاستوائهما فيه فانكسر بالنصف فضربنا مخرج النصف في أصل المسألة ثلاثة فصارت ستة وصار الثلث سهمين بينهما نصفين لكل واحد سهم وبقي أربعة أسهم فصاحب الجميع يدعي كله وصاحب الثلث يدعي سهماً واحداً ليصير مع السهم مأخوذ ثلث جميع المال، فسلم الموصى له بالكل ثلاثة أسهم وقد استوت منازعتهما في السهم الآخر فيتنصف فحصل للموصى له بالثلث سهم ونصف

تبطل الوصية وفي الدراهم المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقاً بعين ما تعلق به حق الورثة **وهذا ينتقض بالمحاباة** فإنها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث.

قال رحمه الله: (**وبنصيب ابنه بطل وبمثل نصيب ابنه صح**) أي الوصية بنصيب ابنه باطلة والوصية بمثل نصيب ابنه صحيحة، وقال زفر: كلاهما صحيح لأن الجميع ماله في الحال وذكر نصيب الابن للتقدير به، ولأنه يجوز أنه حذف المضاف وأقام المضاف إليه مقامه فقوله: أوصيت بنصيب ابني أي بمثل نصيبه ومثله سائغ لغة، قال الله تعالى: ﴿واسأل القرية﴾ [يوسف:٨٢] أي أهلها، ولنا أن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت فكان وصية بمال الغير بخلاف ما إذا أوصى بمثل نصيب ابنه لأن مثل الشيء/ غيره، وإنما يجوز حذف المضاف إذا كان ما يدل عليه كما في الآية لأن السؤال يدل على المسؤول وهم الأهل ولم يوجد هنا ما يدل على المحذوف فلا يجوز. [٢٧٥/أ/٣]

قال رحمه الله: (**فإن كان له ابنان فله الثلث**) والقياس أن يكون له النصف

وللموصى له بالكل أربعة ونصف، ولما انكسر بالنصف ضربنا مخرج النصف اثنين في أصل المسألة ستة فيصير اثني عشر فيصير حق كل واحد ضعف ما كان وقد كان للموصى له بالكل أربعة ونصفان ضعفناه فصار تسعة وهي ثلاثة أرباع جميع المال، وقد كان للموصى له بالثلث سهم ونصف ضعفناه فصار ثلاثة وهي ربع جميع المال أو نقول: إذا صار المال اثني عشر يقسم الثلث أوّلاً بينهما نصفين لكل واحد سهمان بقي الثلثان ثمانية أسهم فصاحب الجميع يدعي جميعه، وصاحب الثلث لا يدعي إلا سهمين فإنه يقول: حقي في الثلث، وذلك أربعة وقد وصل إليّ سهمان بقي حقي في سهمين فلا منازعة له فيما وراء السهمين، وذلك ستة معطى للموصى له بالجميع بلا منازعة، وبقي سهمان استوت منازعتهما فيهما فيقسم بينهما نصفين فيصيب كل واحد سهم فصار للموصى له بالثلث ثلاثة أسهم من اثني عشر وهو ربع المال فأفادت الإجازة في حق صاحب الثلث فعلى هذا قوله في المسألة كقولهما لكن التخريج مختلف عنده بطريق المنازعة وعندهما بطريق العول، ووجه تخريجهما أن نقول: اجتمع هنا وصية بالكل ووصية بالثلث فجعلنا أصل المسألة من ثلاثة لحاجتنا إلى الثلث فالموصى له بالجميع يدعي كله ثلاثة، والموصى له بالثلث يدعي ثلثه سهماً فتعول إلى أربعة ربعه وهو سهم لصاحب الثلث وثلاثة أرباعه ثلاثة أسهم لصاحب الجميع اهـ مصفى. **قوله: (وهذا ينتقض بالمحاباة إلخ)** قال شيخنا البرهان الطرابلسي رحمه الله: لا انتقاض لأن المحاباة وصية بالثمن لتملكه العين بعقد البيع فصارت بمنزلة الدراهم المرسلة بخلاف الوصية بالعين اهـ **قوله في المتن: (وبمثل نصيب ابنه صح)** ويكون ذلك وصية بنصف المال إذا كان له ابن

عند إجازة الورثة لأنه أوصى له بمثل نصيب ابنه ونصيب كل واحد منهما النصف، وجه الأول أنه قصد أن يجعله مثل ابنه لا أن يزيد نصيبه على نصيب ابنه، وذلك بأن يجعل الموصى له كأحدهم.

قال رحمه الله: (وبسهم أو جزء من ماله فالبيان إلى الورثة) أي إذا أوصى بسهم أو بجزء من ماله كان بيان ذلك إلى الورثة فيقال لهم: أعطوه ما شئتم لأنه مجهول يتناول القليل والكثير والوصية لا تمتنع بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصي فكان إليهم بيانه، سوّى هنا بين السهم والجزء وهو اختيار بعض المشايخ، والمروي عن أبي حنيفة أن السهم عبارة عن السدس نقل ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه وعن إياس ابن معاوية، وقال في الجامع الصغير: له أخس سهام الورثة إلا أن يكون أقل من السدس فحينئذٍ يعطي له السدس، وقال في الأصل: له أخس سهام الورثة إلا أن يكون أكثر من السدس فلا يزاد عليه جعل السدس لمنع النقصان في رواية الجامع الصغير ولا يمنع الزيادة وجعله لمنع الزيادة في الأصل ولا يمنع النقصان، وذكر في الهداية ما يمنع الزيادة والنقصان ثم قال في تعليله: لأنه يذكر ويراد به السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطي الأقل منهما فهذا يمنع الزيادة فقط، **وقال أبو يوسف ومحمد** رحمهما الله: **له أخس سهام الورثة** لأن السهم يراد به نصيب أحد الورثة عرفاً لا سيما في الوصية فيصرف إليه، وهذا في عرفهم وأما في عرفنا فهو الذي ذكرناه أوّلاً.

قال رحمه الله: (قال: سدس مالي لفلان ثم قال: له ثلث مالي له ثلث ماله) لأن الثلث يتضمن السدس فيدخل فيه فلا يتناول أكثر من الثلث.

قال رحمه الله: (وإن قال: سدس مالي لفلان **ثم قال**: له سدس مالي له السدس) يعني سدساً واحداً سواء قال: ذلك في مجلس واحد أو في مجلسين لأن السدس ذكر معرّفاً بالإضافة إلى المال، والمعرّف إذا أعيد معرّفاً كان الثاني عين الأول، ولهذا قال ابن عباس رضي الله عنهما: في قوله تعالى: ﴿فإن مع العسر يسراً إن مع العسر يسراً﴾ [الانشراح: ٥-٦]، لن يغلب عسر يسرين.

قال رحمه الله: (وإن أوصى بثلث دراهمه أو غنمه، وهلك ثلثاه له ما بقي) أي إذا أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه، وهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي من الدراهم أو الغنم، وقال زفر رحمه الله: له

واحد فإن أجازه جاز وإلا كان له الثلث اهـ غاية. **قوله**: **(وقال أبو يوسف ومحمد: له أخس سهام الورثة)** أي سواء كان مثل السدس أو أقل أو أكثر إلا أن يزيد على الثلث فيعطى له الثلث إلا أن تجيز الورثة الزيادة على الثلث اهـ ابن فرشتا. **قوله**: **(ثم قال)** أي في ذلك

ثلث ما بقي من ذلك النوع **لأن كل واحد منهما مشترك بينهم** والمال المشترك يهلك ما هلك منه على الشركة، ويبقى الباقي كذلك **وصار كما إذا كان** الموصى به **أجناساً مختلفة**، ولنا أن حق بعضهم يمكن جمعه في البعض المتعين في الجنس الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع **والوصية مقدمة** فجمعناها في البعض الباقي، فصار كما إذا أوصى بدرهم أو بعشرة دراهم أو بعشرة أرؤس من الغنم فهلك ذلك الجنس كله إلا القدر المسمى فإنه يأخذه إذا كان يخرج من ثلث بقية ماله، بخلاف الأجناس المختلفة فإنه لا يمكن الجمع فيها جبراً فكذا تقديماً، والمال المشترك إنما يهلك الهالك على الشركة أن لو استوى الحقان، أما إذا كان أحدهما مقدماً على الآخر فالهالك يصرف إلى المؤخر كما إذا كان في التركة ديون ووصايا وورثة ثم هلك بعض التركة فإن الهلاك يصرف إلى المؤخر وهو الوصية والإرث، لأن الدين مقدم عليهما وهنا الوصية مقدمة على الإرث لقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ [النساء: ١١]، فيصرف الهلاك إلى الإرث تقديماً للوصية على وجه لا ينقص حق الورثة عن الثلثين/ من جميع التركة إذ لا يسلم للموصى له شيء [٢٧٥ب/٣] حتى يسلم للورثة ضعف ذلك، وكذا إذا هلك البعض في المضاربة يصرف الهلاك إلى الربح لأن رأس المال مقدم على ما عرف في موضعه.

قال رحمه الله: (ولو رقيقاً أو ثياباً أو دوراً له ثلث ما بقي) أي إذا أوصى بثلث رقيقة أوثيابه أو بثلث دوره فهلك ثلثا ذلك وبقي الثلث وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله، كان له ثلث الباقي كما قال زفر رحمه الله لأن الجنس مختلف فلا يمكن جمعه، بخلاف الأول على ما بيّنا قالوا: هذا إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة، وإن كانت من جنس واحد فهي بمنزلة الدراهم، **وكذا كل مكيل وموزون كالدراهم** لما بينا، وقيل: هذا قول أبي حنيفة رحمه الله في الرقيق والدور لأنه لا يرى الجبر على المقاسمة فيهما، وقيل: هو قول الكل لأن الجمع إنما يتحقق بقضاء القاضي عن اجتهاد عندهما، ولا يتحقق بدون القضاء بل يتعذر ولا قضاء هنا فلم يتحقق الجمع إجماعاً والأشبه أن يكون على الخلاف لأن كل ما أمكن جمعه جبراً بالقضاء أمكن

المجلس أو في مجلس آخر اهـ هداية. **قوله: (لأن كل واحد منهما مشترك بينهم)** أي بين الورثة والموصى لهم اهـ **قوله: (وصار كما إذا كان)** عبارة الشارح وصار كما إذا كانت اهـ **قوله: (أجناساً مختلفة)** بأن كان له إبل وبقر وغنم فأوصى بثلث هذه الأصناف لرجل فهلك صنفان، وبقي صنف واحد أعني بقي الإبل أو بقي البقر أو بقي الغنم فللموصى له ثلث الباقي في قولهم جميعاً اهـ إتقاني. **قوله: (والوصية مقدمة)** أي على قسمة التركة اهـ **قوله: (وكذا كل مكيل وموزون كالدراهم)** فيكون له جميع الباقي اهـ.

جمعه تقديراً وهذا هو الفقه في هذا الباب، ألا ترى أنه أمكن الجمع بدون القضاء عندهما فيما إذا كانت الوصية بثلث الدراهم أو الغنم على مابينا.

قال رحمه اللّه: (وبألف وله عين ودين فإن خرج الألف من ثلث العين دفع إليه) أي إذا أوصى بألف درهم وله عين ودين فإن خرج الألف من ثلث العين دفع إليه لأن إيفاء حق كل واحد ممكن من غير بخس بأحد فيصار إليه.

قال رحمه اللّه: (وإلا فثلث العين وكلما خرج شيء من الدين له ثلثه حتى يستوفي الألف) أي إن لم يخرج الألف من ثلث العين دفع إلى الموصى له ثلث العين ثم كلما خرج شيء من الدين دفع إليه ثلثه حتى يستوفي حقه وهو الألف لأن الموصى له شريك الوارث في الحقيقة، ألا ترى أنه لا يسلم له شيء حتى يسلم للورثة ضعفه، وفي تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لأن للعين مزية على الدين ولأن الدين ليس بمال في مطلق الحال، ولهذا لو حلف أنه لا مال له وله دين على الناس لا يحنث وإنما يصير مالاً عند الاستيفاء، وباعتباره تناولته الوصية فيعتدل النظر بقسمة كل واحد من الدين والعين أثلاثاً فيصار إليه.

قال رحمه اللّه: (وبثلثه لزيد وعمرو وهو ميت لزيد كله) أي إذا أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله وعمرو ميت فالثلث كله لزيد لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو أهل لها، كما إذا أوصى لزيد وجدار وعن أبي يوسف رحمه اللّه أنه إذا لم يعلم بموته كان له نصف الثلث، لأن الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي إلا بنصف الثلث، بخلاف ما إذا علم بموته لأن الوصية لعمرو لغو فكان راضياً بكل الثلث للحي، هذا إذا كان المزاحم معدوماً من الأصل، أما إذا خرج المزاحم بعد صحة الإيجاب يخرج بحصته ولا يسلم للآخر كل الثلث لأن الوصية صحت لهما وثبتت الشركة بينهما فبطلان حق أحدهما بعد ذلك لا يوجب زيادة على حق الآخر، مثاله إذا قال: ثلث مالي لفلان وفلان بن عبداللّه إن مت وهو فقير فمات الموصي وفلان بن عبداللّه غني كان لفلان نصف الثلث، وكذا لو قال: ثلث مالي لفلان وفلان فمات أحدهما قبل موت الموصي، وكذا لو قال: ثلث مالي لفلان ولعبداللّه إن كان عبداللّه في هذا البيت ولم يكن عبداللّه في البيت كان لفلان نصف الثلث لأن بطلان استحقاقه لفقد الشرط لا يوجب الزيادة في حق الآخر فكان الحرف فيه أنه متى دخل في الوصية ثم خرج لفقد شرطه لا يوجب الزيادة في حق الآخر، ومتى لم يدخل في الوصية لفقد الأهلية كان الكل للآخر.

قال رحمه اللّه: (ولو قال: بين زيد وعمرو لزيد نصفه) أي إذا قال: ثلث مالي بين زيد وعمرو وعمرو ميت كان لزيد نصف الثلث لأن كلمة بين توجب التنصيف

فلا يتكامل لعدم المزاحمة بخلاف ما إذا قال: لفلان وفلان، فإذا أحدهما ميت حيث يكون للحي كل الثلث / لأن الجملة الأولى كلام يقتضي الاختصاص بالحكم، إلا أن العطف يقتضي الشركة في الحكم المذكور والمذكور وصية بكل الثلث والتنصيف بحكم المزاحمة فإذا زالت المزاحمة يتكامل، ألا ترى أن من قال: ثلث مالي لفلان وسكت كان له جميع الثلث، ولو قال: ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث كله بل نصفه، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿ونبئهم أن الماء قسمة بينهم﴾ [القمر:٢٨] اقتضى أن يكون النصف بدليل قوله تعالى: ﴿لها شرب ولكم شرب يوم معلوم﴾ [الشعراء:١٥٥]. [٢٧٦/أ/٣]

قال رحمه الله: (وبثلثه له ولا مال له له ثلث ما يملك عند موته) أي إذا أوصى بثلث ماله لشخص ولا مال له وقت الوصية كان له ثلث ما يملكه عند الموت، لأن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت سواء كان اكتسبه بعد الوصية أو قبله بعد أن لم يكن الموصى به عيناً أو نوعاً معيناً، وأما إذا أوصى بعين أو بنوع من ماله كثلث غنمه فهلكت قبل موته تبطل الوصية لأنها تعلقت بالعين فتبطل بفواتها قبل الموت حتى لو اكتسب غنماً آخر أو عيناً آخر بعد ذلك لا يتعلق حق الموصى له بذلك، ولو لم يكن له غنم عند الوصية فاستفادها ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح لأنها لو كانت بلفظ المال تصح، فكذا إذا كانت بلفظ نوعه لأن المعتبر وجوده عند الموت لا غير ولو قال: له شاة من مالي وليس له غنم يعطي قيمة شاة، لأنه لما أضاف الشاة إلى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة إذ ماليتها توجد في مطلق المال، ألا ترى إلى قوله عليه الصلاة والسلام: «في خمس من الإبل السائمة شاة وعين الشاة لا توجد في الإبل»(١)، وإنما توجد ماليتها فيها، ولو أوصى بشاة ولم يضفها إلى ماله ولا غنم له قيل: لا يصح لأن المصحح إضافتها إلى المال وبدون الإضافة إلى المال تعتبر صورة الشاة ومعناها، وقيل: يصح لأنه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم أن مراده المالية، ولو قال: شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لأنه لما أضافها إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزءاً من الغنم بخلاف ما إذا أضافها إلى المال، وعلى هذا يخرج كل نوع من أنواع المال كالبقر والثوب ونحوهما.

قال رحمه الله: (وبثلثه لأمهات أولاده وهنّ ثلاث وللفقراء والمساكين لهن ثلاثة من خمسة وسهم للفقراء وسهم للمساكين) أي إذا أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده وللفقراء والمساكين وأمّهات أولاده ثلاث يقسم الثلث أخماساً فلهن ثلاثة

---

(١) تقدم تخريجه.

أسهم، ولكل طائفة من المساكين والفقراء سهم وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما اللّه وقال محمد: يقسم أسباعاً لأن المذكور لفظ الجمع وأدناه في الميراث اثنان قال اللّه تعالى: ﴿وإن كان له إخوة فلأمّه السدس﴾ [النساء:١١]، وقال تعالى: ﴿فإن كن نساء فوق اثنتين﴾ [النساء:١١] الآية، والمراد بالآيتين اثنان فكان من كل طائفة اثنان وأمّهات الأولاد ثلاثة فكان المجموع سبعة فيقسم أسباعاً، ولهما أن اسم الجنس المحلى بالألف واللام يتناول الأدنى مع احتمال الكل كالمفرد المحلى بهما لأنه يراد بهما الجنس إذا لم يكن ثم معهود قال اللّه تعالى: ﴿لا تحل لك النساء من بعد﴾ [الأحزاب:٥٢]، وقال تعالى: ﴿وجعلنا من الماء كل شيء حي﴾ [الأنبياء:٣٠]، ولا يحتمل ما بينهما فتعين الأدنى لتعذر إرادة الكل، ولهذا لو حلف لا يشتري العبيد يحنث بالواحد فيتناول من كل فريق واحد وأمهات الأولاد ثلاث فتبلغ السهام خمسة وليس فيما تلي دلالة على ما ذكر لأن المذكور في الآيتين نكرة، وكلامنا في المعرفة حتى لو كان فيما نحن فيه منكراً قلنا: كما قال، ثم هذه الوصية تكون لأمهات أولاده اللاتي يعتقن بموته، أو اللاتي عتقن في حياته إن لم يكن له أمهات أولاد غيرهن، فإن كان له أمهات أولاد عتقن في حياته وأمهات أولاد يعتقن بموته كانت الوصية للاتي يعتقن بموته لأن الاسم لهن في العرف، واللاتي / عتقن [٢٧٦ ب/٣] في حياته موال لا أمهات أولاد، وإنما تصرف إليهن الوصية عند عدم أولئك لعدم من يكون أولى منهن بهذ الاسم، ولا يقال: إن الوصية لمملوكه بالمال لا تجوز لأن العبد لا يملك شيئاً، وإنما تجوز له الوصية بالعتق أو برقبته لكونه عتقاً فوجب أن لاتجوز لأمهات أولاده اللاتي لم يعتقن حال حياته، لأنا نقول: القياس أن لا تجوز الوصية لهن لأنها لو جازت لهن لملكنه حال نزول العتق بهن لكون العتق والتمليك معلقتين بالموت والعتق ينزل عليهن وهن إماء، فكذا تملكهن يقع وهن إماء وهو لا يتصوّر إلا أنا جوّزناه استحساناً لأن الوصية مضافة إلى ما بعد عتقهن لا حال حلول العتق بهن بدلالة حال الموصي لأنه قصد تمليكهن، ولا يتصور ذلك إلا بعد العتق فصرف إليه تصحيحاً لكلامه.

قال رحمه اللّه: (وبثلثه لزيد وللمساكين لزيد نصفه ولهم نصفه) أي إذا أوصى بثلث ماله لزيد والمساكين كان لزيد النصف منه وللمساكين النصف، وهذا عندهما وعند محمد رحمه اللّه ثلثه لزيد وثلثاه للمساكين وقد بينا مأخذ كل واحد من الفريقين، ولو أوصى للمساكين كان له صرفه إلى مسكين واحد عندهما وعند محمد رحمه اللّه لا يصرفه إلى أقل من اثنين بناء على ما ذكرنا.

قال رحمه اللّه: (وبمائة لرجل وبمائة لآخر فقال لآخر: أشركتك معهما له

ثلث كل مائة وبأربعمائة له وبمائتين لآخر فقال لآخر: أشركتك معهما له نصف ما لكل منهما) يعني إذا أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر: قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة ولو أوصى لرجل بأربعمائة درهم ولآخر بمائتين ثم قال لآخر: قد أشركتك معهما كان له نصف ما لكل واحد منهما لأن الشركة للمساواة لغة، ولهذا حمل قوله تعالى: ﴿فهم شركاء في الثلث﴾ [النساء:١٢] على المساواة وقد أمكن إثبات المساواة بين الكل في الأولى لاستواء المالين فيأخذ هو من كل واحد منهما ثلث المائة فتم له ثلثا المائة ويأخذ كل واحد منهما ثلثي المائة، ولا يمكن المساواة بين الكل في الثانية لتفاوت المالين فحملناه على مساواة الثالث مع كل واحد منهما بما سماه له فيأخذ النصف من كل واحد من المالين، ولو أوصى لرجل بجارية ولآخر بجارية أخرى ثم قال لآخر: أشركتك معهما فإن كانت قيمة الجاريتين متفاوتة كان له نصف كل واحدة منهما بالإجماع، وإن كانت قيمتهما على السواء فله الثلث من كل واحدة منهما عندهما، وعند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه له نصف كل واحدة منهما بناء على أنه لا يرى قسمة الرقيق فيكونان كجنسين مختلفين وهما يريانها فصارتا كالدراهم المتساوية، ولو أوصى لرجل بثلث ماله ثم قال لآخر: أشركتك أو أدخلتك معه فالثلث بينهما لما ذكرنا.

قال رحمه الله: (وإن قال لورثته: لفلان عليَّ دين فصدّقوه فإنه يصدّق إلى الثلث) وهذا استحسان والقياس أن لا يصدّق لأن الإقرار بالمجهول، وإن كان صحيحاً لا يحكم به إلا بالبيان، وقوله: فصدّقوه مخالف للشرع لأن المدّعي لا يصدق إلا بحجة فيتعذر جعله إقراراً مطلقاً فلا يعتبر فصار نظير من قال: كل من ادّعى عليَّ شيئاً فأعطوه فإنه باطل لكونه مخالفاً للشرع إلا أن يقول: إن رأى الوصي أن يعطيه فحينئذٍ يجوز من الثلث، وجه الاستحسان أن نعلم أن قصده تقديمه على الورثة، وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية، وقد يحتاج إليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره فيسعى في تفريغ ذمّته فيجعله وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له كأنه قال لهم: إذا جاءكم فلان وادّعى شيئاً **فأعطوه من مالي ما شاء** فهذه معتبرة فكذا هذا فيصدّق إلى الثلث.

قال رحمه الله: (فإن أوصى بوصايا) أي مع ذلك (عزل الثلث لأصحاب الوصايا والثلثان للورثة/ وقيل: لكل صدّقوه فيما شئتم وما بقي من الثلث فللوصايا) [٢٧٧/ ٣/١] أي لأصحاب الوصايا لا يشاركهم فيه صاحب الدين، وإنما عزل الثلث والثلثان لأن الوصايا حقوق معلومة في الثلث والميراث معلوم في الثلثين **وهذا ليس بدين معلوم ولا**

قوله: (فأعطوه من مالي ما شاء) ولو قال: هكذا صح كلامه ويكون إنفاذه من الثلث لا غير

وصية معلومة فلا يزاحم المعلوم فقدّمنا عزل المعلوم، وفي الإفراز فائدة أخرى وهي أن أحد الفريقين قد يكون أعرف بمقدار هذا الحق وأبصر به وآخر ألدّ وألج وربما يختلفون في الفضل إذا ادّعاه الخصم، فإذا أفرزنا ثلثاً علمنا أن في التركة ديناً شائعاً في جميع التركة فيؤمر أصحاب الوصايا والورثة ببيانه فإذا بينوا شيئاً أخذ أصحاب الوصايا بثلث ما أقروا به والورثة بثلثي ما أقروا به، لأن إقرار كل فريق نافذ في حق نفسه فيلزمه بحصته، وإن ادّعى المقر له أكثر من ذلك **حلف كل فريق** على العلم **لأنه تحليف على فعل الغير**، قال العبد الضعيف الراجي عفو ربه الكريم: هذا مشكل من حيث أن الورثة كانوا يصدقونه إلى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث، وهنا ألزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث لأن أصحاب الوصايا أخذوا الثلث على تقدير أن تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في أيديهم من الثلث شيء فوجب أن لا يلزمهم تصديقه.

قال رحمه اللّه: (ولأجنبي ووارثه له نصف الوصية وبطل وصيته للوارث) أي إذا أوصى لأجنبي ووارثه كان للأجنبي نصف الوصية وبطلت الوصية للوارث لأنه أوصى بما يملك، وبما لا يملك فصح فيما يملك وبطل في الآخر بخلاف ما إذا أوصى لحي وميت حيث يكون الكل للحي لأن الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحماً والوارث من أهلها، ولهذا تصح بإجازة الورثة فافترقا وعلى هذا إذا أوصى للقاتل وللأجنبي وهذا بخلاف ما إذا أقر بعين أو دين لوارثه وللأجنبي حيث لا يصح في حق الأجنبي أيضاً لأن الوصية إنشاء تصرف وهو تمليك مبتدأ لهما والشركة تثبت حكماً للتمليك فيصح في حق من يستحقه دون الآخر لأن بطلان التمليك لأحدهما لا يوجب بطلان التمليك من الآخر، أما الإقرار فإخبار عن أمر كائن وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي ولا وجه إلى إثباته بدون هذا الوصف لأنه خلاف ما أخبر به، ولا إلى إثبات هذ الوصف لأنه يصير الوارث فيه شريكاً ولأنه لو قبض الأجنبي شيئاً كان للوارث أن يشاركه فيه فيبطل في ذلك القدر، ثم لا يزال يقبض الأجنبي شيئاً ويشاركه الوارث فيه فيبطل حتى يبطل الكل فلا يكون مفيداً وفي الإنشاء حصة أحدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلاناً، قال في النهاية: قال التمرتاشي: هذا إذا تصادقا أما إذا أنكر الأجنبي شركة الوارث أو أنكر الوارث شركة

فكذا هذا لأنه وصية والوصية جوازها من الثلث اهـ إتقاني. **قوله: (وهذا ليس بدين معلوم ولا وصية معلومة)** في الهداية وهذا مجهول أي قوله: فصدقوه ليس بدين معلوم ولا وصية معلومة ولكنه دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فلا يزاحم المعلوم اهـ **قوله: (حلف كل فريق)** أي من الموصى له والورثة اهـ **قوله: (لأنه تحليف على فعل الغير)** لا على

الأجنبي فإنه يصح إقراره في حصة الأجنبي عند محمد رحمه الله لأن الوارث مقر ببطلان حقه، وبطلان حق شريكه فيبطل في حقه، ويثبت في نصيب الآخر وعندهما يبطل في الكل لأن حق الوارث لم يتميز عن حق الأجنبي وإنما أوجبه مشتركاً بينهما فيبطل كما بينا.

قال رحمه الله: (وثياب متفاوتة لثلاثة فضاع ثوب ولم يدر أيّ والوارث يقول: لكل هلك حقك بطلت) أي إذا أوصى بثلاثة ثياب متفاوتة جيد ووسط ورديء لثلاثة أنفس لكل واحد منهم بثوب فضاع منها ثوب ولا يدري أيها هو والوارث يجحد ذلك بأن يقول: لكل واحد منهم هلك حقك أو حق أحدكم ولا أدري من هو فلا أدفع إليكم شيئاً بطلت الوصية لأن المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل غرض الموصي فتبطل كما إذا أوصى لأحد الرجلين.

قال رحمه الله: (إلا أن يسلموا ما بقي) أي إلا أن يسلم الورثة/ ما بقي من الثياب فحينئذٍ تصح الوصية لأنها كانت صحيحة في الأصل، وإنما بطلت لجهالة طارئة مانعة من التسليم فإذا سلموا الباقي زال المانع فعادت صحيحة على ما كانت فيقسم بينهم. [٢٧٧ب/٣]

قال رحمه الله: (فلذي الجيد ثلثاه، ولذي الرديء ثلثاه، ولذي الوسط ثلث كل) أي لصاحب الجيد يعطي ثلثا الثوب الجيد ولصاحب الرديء يعطي ثلثا الثوب الرديء ولصاحب الوسط ثلث كل واحد منهما فيصيب كل واحد منهم ثلثا ثوب لأن الاثنين إذا قسما على ثلاثة أصاب كل واحد منهم الثلثان، وإنما أعطى صاحب الوسط ثلث كل واحد منهما والآخران الثلثين من ثوب واحد **لأن صاحب الجيد لا حق له في الرديء** بيقين **لأنه** إما أن يكون هو الرديء الأصلي أو الوسط ولا حق له فيهما، **واحتمل أن يكون حقه في الجيد** بأن كان الهالك هو الوسط أو الرديء ويحتمل أن لا يكون له فيه حق بأن كان الهالك هو الجيد وصاحب الرديء لا حق له في الجيد بيقين، **لأنه** إما أن يكون هو الجيد الأصلي أو الوسط ولا حق له فيهما، واحتمل أن يكون حقه في الرديء بأن كان الهالك هو الجيد أو الوسط، واحتمل أن لا يكون له فيه حق بأن كان الهالك هو الرديء، وصاحب الوسط يحتمل أن يكون حقه في الجيد بأن كان الهالك أجود ويحتمل أن يكون في الرديء بأن يكون الهالك أردأ، ويحتمل أن لا يكون له فيهما حق بأن كان الهالك هو الوسط فإذا كان كذلك أعطى كل واحد

فعل نفسه فلا يحلف على البتات اهـ **قوله في المتن: (فضاع ثوب)** أي بعد موت الموصي اهـ **قوله: (لأن صاحب الجيد لا حق له في الرديء)** أي من الثوبين اهـ **قوله: (لأنه)** أي الرديء من الثوبين اهـ **قوله: (واحتمل أن يكون حقه في الجيد)** أي من الثوبين اهـ **قوله: (لأنه)** أي الجيد

منهم حقه من محل يحتمل أن يكون هو له لأن التسوية بإيصال حق كل واحد منهم إليه واجبة وهم في احتمال بقاء حقه وبطلانه سواء، وفيما قلنا: إيصال حق كل واحد منهم بقدر الإمكان وتحصيل غرض الموصي من التفضيل فكان متعيناً.

قال رحمه الله: (وببيت عين من دار مشتركة وقسم ووقع في حظه فهو للموصى له إلا مثل ذرعه) معناه إذا كانت الدار مشتركة بين اثنين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل، فإن الدار تقسم فإن وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له وإن وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله: له نصف البيت إن وقع في نصيب الموصي، وإن وقع في نصيب الآخر كان له مثل ذرع نصف البيت لأنه أوصى بملكه وبملك غيره لأن الدار كلها مشتركة فتنفذ في ملكه ويتوقف الباقي على إجازة صاحبه، ثم إذا ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السابقة كما إذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم إذا أصابه بالقسمة عين البيت كان للموصى له نصفه لأنه عين ما أوصى به، وإن وقع في نصيب صاحبه كان له مثل نصف البيت لأنه يجب تنفيذها في البدل عند تعذر تنفيذها في عين الموصى به كالجارية الموصى بها إذا قتلت تنفذ الوصية في بدل لها، بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لأن الوصية تبطل بالإقدام على البيع على ما بينا في مسائل الرجوع عن الوصية، ولا تبطل بالقسمة ولهما أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لأنه يقصد الإيصاء بما يمكن الانتفاع به على الكمال ظاهراً، وذلك يكون بالقسمة لأن الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقرّ ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه، ومعنى المبادلة في القسمة تابع وإنما المقصود الإفراز تكميلاً للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه، ولا تبطل الوصية إذا وقع البيت كله في نصيب شريكه ولو كانت مبادلة لبطلت كما لو باع الموصى به فعلى اعتبار الإفراز صار كأن البيت ملكه من الابتداء وإن وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان البيت جميعه من الذي وقع في نصيب الموصي لأنه عوضه، ولأن مراد الموصي من/ ذكر البيت تقديره [٢٧٨/أ٣] به غير أنا نقول: يتعين البيت إذا وقع البيت في نصيبه جمعاً بين الجهتين التقدير والتمليك، وإذا وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير، أو نقول: إنه أراد التقدير على اعتبار وقوع البيت في نصيب شريكه وأراد التمليك على اعتبار وقوعه في نصيبه، ولا يبعد أن يكون لكلام واحد جهتان باعتبارين، ألا ترى أن من علق بأوّل ولد تلده أمته طلاق امرأته وعتق ذلك الولد تقيد في حق العتق بالولد الحي لا في حق الطلاق، ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم

نصيب الموصي بين الموصى له والورثة على عشرة أسهم، وعند محمد رحمه اللّه تسعة للورثة وسهم للموصى له فيضرب الموصى له بنصف البيت وهو خمسة أذرع وهم بنصف الدار إلا نصف البيت الذي صار له وهو خمسة وأربعون ذراعاً ونصيب الميت من الدار خمسون ذراعاً فتجعل كل خمسة منها سهماً فصار عشرة أسهم، وعندهما يقسم على خمسة أسهم لأن الموصى له يضرب بجميع البيت وهو عشرة أذرع وهم بنصيبه كله إلا البيت الموصى به وهو أربعون ذراعاً فيجعل كل عشرة أذرع سهماً فصار المجموع خمسة أسهم سهم للموصى له وأربعة لهم.

قال رحمه اللّه: (والإقرار مثلها) أي الإقرار ببيت معين من دار مشتركة مثل الوصية به حتى يؤمر بتسليم كله إن وقع البيت في نصيب المقر عندهما، وإن وقع في نصيب الآخر يؤمر بتسليم مثله، وعند محمد رحمه اللّه يؤمر بتسليم النصف أو قدر النصف، **وقيل محمد** رحمه اللّه **معهما** في الإقرار والفرق له على هذه الرواية أن الإقرار بملك الغير صحيح **حتى إن من أقر بملك** الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم إلى المقرّ له، والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تنفذ فيه الوصية.

قال رحمه اللّه: (وبألف عين من مال آخر فأجاز رب المال بعد موت الموصي ودفعه صح وله المنع بعد الإجازة) أي إذا أوصى رجل بألف درهم بعينها من مال غيره فأجاز صاحب المال بعد موت الموصي ودفعه إليه جاز وله الامتناع من التسليم بعد الإجازة لأنه تبرع بمال الغير فيتوقف على إجازة صاحبه فإذا أجاز كان منه هذا ابتداء تبرع فله أن يمتنع من التسليم كسائر التبرعات، بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث أو للقاتل أو للوارث فأجازتها الورثة حيث لا يكون لهم أن يمتنعوامن التسليم، لأن الوصية في نفسها صحيحة لمصادفتها ملكه وإنما امتنع لحق الورثة فإذا أجازوها سقط حقهم فينفذ من جهة الموصي على ما بيناه من قبل.

قال رحمه اللّه: (وصح إقرار أحد الابنين بعد القسمة بوصية أبيه في ثلث نصيبه) معناه إذا اقتسم الابنان تركة أبيهما وهو ألف درهم مثلاً ثم أقر أحدهما لرجل أن أباهما أوصى له بثلث ماله فإن المقرّ يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان، والقياس أن يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رحمه اللّه، لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه والتسوية في إعطاء النصف ليبقى له النصف فصار كما إذا

من الثوبين اهـ **قوله: (وقيل محمد معهما)** قال الرازي في شرحه: والأصح أن في مسألة الإقرار قول محمد كقولهما اهـ **قوله: (حتى إن من أقر بملك إلخ)** تقدّم هذا الفرع في أوّل كتاب

أقرّ أحدهما بأخ ثالث لهما، وهذا لأن ما أخذه المنكر كالهالك فيهلك عليهما وجه الاستحسان أنه أقرّ له بثلث شائع في جميع التركة وهي في أيديهما فيكون مقراً له بثلث ما في يده، وبثلث ما في يد أخيه فيقبل إقراره في حق نفسه لولايته على نفسه ولا يقبل في حق أخيه لعدم الولاية عليه فيعطيه ثلث ما في يده، ولأنه لو أخذ منه نصف ما في يده أدّى إلى محظور وهو أن الابن الآخر ربما يقر به فيأخذ نصف ما في يده فيأخذ نصف التركة **فيزداد نصيبه على الثلث** وهو خلف، بخلاف ما إذا أقرّ أحدهما بالدين على أبيهما حيث / [٢٧٨ ب/٣] يأخذ صاحب الدين المقر له جميع ما في يد المقر حتى يستوفي دينه، ولا شيء للمقر إن لم يفضل منه شيء لأن الدين مقدّم على الميراث فيكون مقراً بتقدّمه عليه فيقدّم عليه، ولا كذلك الوصية لأن الموصى له شريك للورثة فلا يأخذ شيئاً **إلا إذا سلم للوارث ضعف ذلك** ولا نسلم أنه أقر له بالمساواة بل أقر له بثلث التركة، وإنما حصلت المساواة باتفاق الحال، ولهذا لو لم يكن له أخ فأقر له بالوصية لا يزيد حقه على الثلث، ولو كان مقراً له بالمساواة لساواه حالة الانفراد أيضاً، بخلاف ما إذا أقر بأخ ثالث وكذبه أخوه حيث يكون ما في يد المقرّ بينهما نصفين لأنه أقرّ له بالمساواة فيساويه مطلقاً، ولهذا لو كان وحده أيضاً ساواه فيكون ما أخذه المنكر هالكاً عليهما.

قال رحمه الله: (وبأمة فولدت بعد موته وخرج من ثلثه فهما له وإلا أخذ منها ثم منه) أي إذا أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصي ولداً وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له، لأن الأم دخلت في الوصية أصالة والولد تبعاً حين كان متصلاً بها، فإذا ولدت قبل القسمة والتركة مبقاة على ملك الميت قبلها حتى تقضى به ديونه وتنفذ منه وصاياه دخل الولد في الوصية فيكونان للموصى له، وإن لم يخرجا من الثلث ضرب الموصى له بالثلث وأخذ ما يخصه من الأم أوّلاً فإن فضل شيء أخذه من الولد، وهذ عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وقالا: يأخذ ما يخصه منهما جميعاً لأن الولد دخل في الوصية تبعاً حال اتصاله بها فلا يخرج عن الوصية بالانفصال، كما إذا أوصى ببيعها من فلان بكذا من الثمن أو عتقها فولدت،

الإقرار اهـ **قوله: (فيزداد نصيبه على الثلث)** فيه نظر اهـ كذا بخط قارئ الهداية اهـ (فرع لطيف) قال الولوالجي رحمه الله: تركة فيها دين غير مستغرق فقسمه الورثة ثم جاء الغريم فيأخذ من كل واحد منهم من الدين بما يخصه في ثلثه حتى لو كان الدين ألف درهم والتركة ثلاثة آلاف فانقسمت بين ثلاثة بنين يأخذ من كل واحد منهم ثلث الألف، وهذا إذا أخذهم عند القاضي جملة، أما إذا ظفر بأحدهم يأخذ منه جميع ما في يده اهـ **قوله: (إلا إذا سلم للوارث ضعف ذلك)** ولو كان البنون ثلاثة والتركة ثلاثة آلاف فاقتسموها

وكما إذا ولدت المبيعة قبل القبض فإنه يسري إلى الولد حتى يباع أو يعتق معها ويكون له حصة من الثمن إذا ولدته قبل القبض فتنفذ الوصية أيضاً فيهما على السواء من غير تقديم الأم كأن الوصية وقعت بهما جميعاً، ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الأم أصل والولد تبع في الوصية والتبع لا يزاحم الأصل، فلو نفذنا الوصية فيهما جميعاً تنتقض الوصية في بعض الأصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع والعتق، لأن تنفيذه في التبع لا يؤدّي إلى نقضه في الأصل بل يبقى تاماً صحيحاً فيه غير أن الثمن كله لا يقابل الأصل بل بعضه ضرورة مقابلته بالولد إذا بيعا بالثمن الذي عينه الموصي أو ولدت المبيعة قبل القبض في غير الوصية وقبض الولد مع الأم، وذلك لا يبالى به ولا أثر له في النقض لأن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره، وإن كان فاسداً حتى لو كان في البيع بالثمن الذي عينه الموصي محاباة يحتمل أن يكون على الخلاف، هذا إذا ولدته قبل القبول وقبل القسمة، وإن ولدته بعدهما فهو للموصى له لأنه نماء ملكه خالصاً لتقرّر ملكه فيه بعدهما، وإن ولدته بعد القبول قبل القسمة ذكر القدوري أنه لا يصير موصى به، ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال كما لو ولدته بعد القسمة، ومشايخنا رحمهم الله قالوا: يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما إذا ولدته قبل القبول، وإن ولدته قبل موت الموصي لم يدخل تحت الوصية فيكون لورثته كيفما كان، والكسب كالولد في جميع ما ذكرنا.

قال رحمه الله: (ولابنه الكافر أو الرقيق في مرضه فأسلم أو أعتق بطل كهبته وإقراره) أي إذا أوصى لابنه الكافر أو لابنه الرقيق في مرضه فأسلم الابن أو عتق قبل موت الأب ثم مات من ذلك المرض بطلت الوصية له كما تبطل الهبة له والإقرار له بالدين، أما الوصية فلأن المعتبر فيها حالة الموت وهو وارث فيها فلا يجوز له، والهبة حكمها مثل الوصية لما عرف في موضعه، وأما الإقرار فإن كان الابن كافراً فلا إشكال

فجاء رجل فادّعى أن الميت أوصى له بثلث ماله وصدّقه واحد منهم، فإنه يعطيه عند زفر ثلاثة أخماس ما في يده لأن في زعمه أن ثلث كل التركة له والثلثين بين البنين أثلاثاً فنحتاج إلى حساب له ثلث ولثلثه ثلث وأقله تسعة ثلثه وهو ثلاثة للموصى له بالثلث، والباقي وهو ستة بين البنين أثلاثاً لكل ابن سهمان فقد أقر أن للموصى له بالثلث ثلاثة أسهم وللمقر سهمان فيقسم ما في يده بينهما على هذه السهام فصار خمسة للموصى له بالثلث ثلاثة وله اثنان، وعندنا يعطيه ثلث ما في يده لما مر قاله العلامة حافظ الدين في كافية: وهذه المسألة ذكرها ابن الساعاتي رحمه الله في المجمع.

[٢٧٩/أ ٣/١] فيه لأن الإقرار وقع لنفسه / وهو وارث بسبب كان ثابتاً عند الإقرار وهو البنوة فيمتنع لما فيه من تهمة إيثار البعض فكان كالوصية فصار كما إذا كان له ابن وأقر لأخيه في مرضه ثم مات الابن قبل أبيه المقرّ وورثه أخوه المقرّ له، فإن الإقرار له يكون باطلاً لما ذكرنا، وكذا هذا بخلاف ما إذا أقرّ لامرأة في مرضه ثم تزوّجها حيث لا يبطل الإقرار لها لأنها صارت وارثة بسبب حادث والإقرار ملزم بنفسه، وهي أجنبية حال صدوره فيلزم لعدم المانع من ذلك ويعتبر من جميع المال بخلاف الوصية لها لأنها إيجاب عند الموت وهي وارثة عنده فلهذا اتحد الحكم فيهما في الوصية وافترقا في الإقرار حتى لو كانت الزوجية قائمة عند الإقرار وهي غير وارثة بأن كانت نصرانية أو أمة ثم أسلمت قبل موته أو أعتقت لا يصح الإقرار لها لقيام السبب حال صدوره، وإن كان الإبن عبداً فإن كان عليه دين لا يصح إقراره له لأن الإقرار وقع له وهو وارث عند الموت فيبطل، كالوصية وإن لم يكن عليه دين صح الإقرار لأنه وقع للمولى إذ العبد لا يملك، وقيل: الهبة له جائزة لأنها تمليك في الحال وهو لا يملك فيقع للمولى وهو أجنبي فيجوز بخلاف الوصية لأنها إيجاب عند الموت وهو وارث عنده فيمتنع، وفي عامة الروايات هي في المرض كالوصية فيه لأنها وإن كانت منجزة صورة فهي كالمضاف إلى ما بعد الموت حكماً لأن حكمها يتقرر عند الموت، ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق ولا تجوز بما زاد على الثلث، والمكاتب كالحر لأن الإقرار والهبة تقع له وهو وارث عند الموت فلا تجوز كالوصية.

قال رحمه الله: (والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول إن تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من كل المال) لأنه إذا تقادم العهد صار طبعاً من طباعه كالعمى والعرج، وهذا لأن المانع من التصرف مرض الموت ومرض الموت ما يكون سبباً للموت غالباً وإنما يكون سبباً للموت غالباً إذا كان بحيث يزداد حالاً فحالاً إلى أن يكون آخره الموت، وأما إذا استحكم وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت لا يكون سبباً للموت كالعمى ونحوه، إذ لا يخاف منه ولهذا لا يشتغل بالتداوي.

قال رحمه الله: (وإلا فمن الثلث) أي إن لم يتطاول يعتبر تصرفه من الثلث إذا كان صاحب فراش ومات منه في أيامه لأنه من ابتدائه يخاف منه الموت، ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت، وإن صار صاحب فراش بعد التطاول فهو كمرض حادث به حتى تعتبر تبرعاً من الثلث والله أعلم بالصواب.

باب العتق في المرض

قال رحمه اللّه: (تحريره في مرضه ومحاباته وهبته وصية) أي حكم هذه التصرفات كحكم الوصية حتى تعتبر من الثلث ومزاحمة أصحاب الوصايا في الضرب لا حقيقة الوصية، لأن الوصية إيجاب بعد الموت وهذه التصرفات منجزة في الحال، وإنما اعتبرت من الثلث لتعلق حق الورثة بماله فصار محجوراً عليه في حق الزائد على الثلث، وكذا كل تصرف ابتدأ المريض إيجابه على نفسه كالضمان والكفالة **فهو في حكم الوصية** لأنه تبرع كالهبة، وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث وإن أوجبه في حال صحته، إذ المعتبر حالة الإضافة لا حالة العقد، وما نفذه من التصرف كالعتق والهبة فالمعتبر فيه حالة العقد فإن كان صحيحاً فهو من جميع المال، وإن كان مريضاً فهو من الثلث وكل مرض برأ منه فهو ملحق بحال الصحة، لأن حق الورثة والغرماء لا يتعلق بماله إلا في مرض موته وبالبرء تبين أنه ليس بمرض الموت، فلا حق لأحد في ماله.

قال رحمه اللّه: (ولم يسع إن أجيز) أي إذا أجازت الورثة العتق في المرض فلا سعاية/ على المعتق لأن العتق في المرض وصية على ما بيناه وهي تجوز بأزيد من الثلث بإجازة الورثة فلا يلزمه شيء لأن المنع لحقهم فيسقط بالإجازة على ما بينا. [٢٧٩ب/٣]

قال رحمه اللّه: (فإن حابى فحرّر فهي أحق وبعكسه استويا) أي إذا حابى ثم أعتق فالمحاباة أولى وإن أعتق ثم حابى فهما سواء، وهو المراد بقوله: وبعكسه استويا وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، **وقالا رحمهما اللّه: هما سواء في المسألتين** والأصل فيه الوصايا إذا لم يكن فيها **ما جاوز الثلث** فكل واحد من أصحاب الوصايا

باب العتق في المرض

لما كان الإعتاق في المرض في معنى الوصية لوقوعه تبرعاً في زمان تعلق حق الورثة ذكره في كتاب الوصايا، ولكن أخره عما هو صريح في الوصية لكون الصريح هو الأصل في الدلالة اهـ إتقاني. **قوله: (فهو في حكم الوصية)** لما أنه يتهم في إيجابه على نفسه في ذمته كما يتهم في الهبة اهـ إتقاني. **قوله: (وقالا: هما سواء في المسألتين)** تبعه فيه العيني رحمه اللّه وقال الرازي رحمه اللّه في شرحه وقالا: العتق أولى في المسألتين وفي أثناء كلام الشارح ما يدل على أن العتق أولى عندهما فقال في أواخر هذه الصفحة، فإذا ثبت هذا فهما يقولان: أن العتق أقوى وقال في الصفحة الآتية في آخر هذه المقالة: وعندهما العتق أولى في الكل فتنبه اهـ وكتب ما نصه صوابه وقالا: العتق أولى في المسألتين جميعاً كما في الهداية وغيرها اهـ **قوله: (إذا لم يكن فيها)** أي في فرد من أفرادها اهـ **قوله: (ما جاوز**

يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدّم البعض على البعض إلا العتق الموقع في المرض، والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح سواء كان مطلقاً أو مقيداً، **والمحاباة في المرض** بخلاف ما إذا قال: إذا مت فهو حر بعد موتي بيوم والمعنى فيه أن كل ما يكون منفذاً عقيب الموت من غير حاجة إلى التنفيذ فهو في المعنى أسبق مما يحتاج إلى تنفيذه بعد الموت والترجيح يقع بالسبق، لأن ما ينفذ بعد الموت من غير تنفيذ ينزل منزلة الديون فإن صاحب الدين ينفرد باستيفاء دينه إذا ظفر بجنس حقه، وفي هذه الأشياء يصير مستوفياً بنفس الموت والدين مقدم على الوصية، فكذا الحق الذي في معناه وغيرها من الوصايا فقد تساوت في السبب والتساوي فيه يوجب التساوي في الاستحقاق، فإذا ثبت هذا فهما يقولان أن العتق أقوى لأنه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ ولا معتبر بالتقديم في الذكر لأنه لا يوجب التقديم في الثبوت إلا إذا اتحد المستحق **واستوت الحقوق** على ما يجيء بيانه، وأبو حنيفة رضي اللّه عنه يقول: إن المحاباة أقوى لأنها ثبتت في ضمن عقد المعاوضة، فكانت تبرعاً بمعناها لا بصيغتها **حتى يأخذ الشفيع ويملكه** العبد والصبي المأذون لهما، والإعتاق تبرع صيغة ومعنى فإذا وجدت المحاباة أوّلاً دفعت الأضعف، وإذا وجد العتق أوّلاً وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة، وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه اللّه: إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسم بينهما وبين العتق لأن العتق مقدم عليها فيستويان، ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول وبين المحاباة وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني، ولا يقال: إن صاحب المحاباة ينبغي أن يستردّ ما أصاب العتق الذي بعده في المسألتين لكونه أولى منه، لأنا نقول: لا يمكن ذلك لأنه يلزم منه الدور بيانه أن صاحب المحاباة الأوّل في المسألة الأولى لو استردّ من المعتق لكونه أولى لاستردّ منه صاحب المحاباة الثاني لاستوائهما ثم استردّ المعتق لأنه يساوي صاحب المحاباة الثاني، وفي المسألة الثانية لو استردّ صاحب المحاباة ما أصاب المعتق الثاني لاستردّ منه المعتق الأوّل لأنه يساويه ثم استردّه صاحب المحاباة، وهكذا إلى ما لا يتناهى والسبيل في الدور قطعه وعندهما العتق أولى في الكل فلا يرد السؤال عليهما.

الثلث) مثل أن يوصي بالربع والسدس لا يقدم البعض على البعض بلا خلاف بين العلماء اهـ من خط قارئ الهداية. **قوله: (والمحاباة في المرض)** أي المحاباة في البيع إذا وقعت في المرض اهـ **قوله: (واستوت الحقوق)** كما إذا كانت الوصية في القرب وأبواب الخير للّه تعالى فإنها إذا استوت يقدم ما قدمه الموصي للاستواء واتحاد المستحق اهـ من خط الشارح. **قوله: (حتى يأخذ الشفيع)** أي بالشفعة اهـ **قوله: (يملكه)** أي البيع بالمحاباة اهـ **قوله:**

قال رحمه الله: (وإن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم ينفذ بخلاف الحج) وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه في العتق، وقالا: يعتق عنه بما بقي لأنه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن قياساً على الوصية بالحج، وله أنه وصية بالعتق لعبد يشتري بمائة من ماله وتنفيذها فيمن يشتري بأقل منه تنفيذ في غير الموصى له وذلك لا يجوز، **بخلاف الوصية بالحج** لأنها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما إذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع إليه الباقي، وقيل: هذه المسألة مبنية على أصل آخر مختلف فيه وهو أن العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة فيه من غير/ دعوى فلم يتبدل المستحق [٢٨٠/أ/٣] وعنده حق العبد حتى لا تقبل فيه الشهادة من غير دعوى فاختلف المستحق، وهذا البناء صحيح لأن الأصل ثابت معروف ولا سبيل لإنكاره، ولو أوصى بأن يشتري بثلث ماله وهو ألف عبد فيعتق عنه فإذا هو أقل من ذلك فالوصية باطلة، قيل: هذا قول أبي حنيفة رحمه الله ولئن كان قول الكل فالفرق لهما أن الوصية هنا وقع الشك في صحتها فلا تصح بالشك، ولا كذلك مسألة الكتاب لأنها كانت صحيحة فلا تبطل بالشك، **ولو أوصى بأن يشتري بكل ماله** عبد فيعتق بطلت الوصية عنده.

قال رحمه الله: (وبعتق عبده فمات فجنى ودفع بطلت) أي إذا أوصى بعتق عبده فمات المولى فجنى العبد ودفع بالجناية بطلت الوصية لأن الدفع قد صح **لأن حق ولي الجناية مقدم** على حق الموصي فكذا على حق الموصى له، وهو العبد نفسه لأنه يتلقى الملك من جهة الموصي وملك الموصي باق إلى أن يدفع وبه يزول ملكه، فإذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما إذا باعه الوصي أو وارثه بعد موته بالدين.

(بخلاف الوصية بالحج إلخ) قال الإتقاني: ووجه قول أبي حنيفة: أن هذه وصية لعبد يشتري بمائة لأن الموصي صرح بذلك فصار الموصى له عبداً قيمته مائة لا أقل من مائة، فلو اشترى عبداً قيمته أقل من المائة فأعتق يلزم من ذلك صرف وصيته لغير مستحقها اهـ **قوله: (ولو أوصى بأن يشتري بكل ماله إلخ)** قال في المجمع: ولو أوصى أن يشتري بكل ماله عبد فيعتق فلم يجيزوا فهي باطلة وقالا: يشتري بالثلث اهـ **قوله: (لأن حق ولي الجناية مقدم إلخ)** اعلم أن العبد إذا جنى جناية خطأ فحكمه الدفع أو الفداء ثم العبد الموصى له بعتقه إذا جنى جناية بعد موت الموصى كان الورثة بالخيار إن شاؤوا دفعوه بالجناية، وإن شاؤوا فدوه فإن دفعوه بطلت الوصية لأن الدفع يبطل حق المالك لو كان حياً فكذلك يبطل حق من يتلقى الملك من جهته وهو الموصى له، ألا ترى أن الموصي لو باع أو بيع بعد موته بسبب الدين أن الوصية تبطل فكذلك هاهنا صح الإبطال لأن حق أولياء الجناية مقدم على حق المالك، فكذلك يقدم على حق من يتلقى الملك من المالك، وإن اختاروا الفداء

قال رحمه اللّه: (وإن فدى لا) أي لا تبطل الوصية إن فداه الورثة وكان الفداء في أموالهم لأنهم هم الذين التزموه وجازت الوصية **لأن العبد طهر** عن الجناية فصار كأن لم يجن.

قال رحمه اللّه: (وبثلثه لزيد وترك عبداً فادَّعى زيد عتقه في صحته والوارث في مرضه فالقول للوارث ولا شيء لزيد إلا أن يفضل من ثلثه شيء أو يبرهن على دعواه) أي إذا أوصى بثلث ماله لزيد وله عبد وأقر الموصى له، والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له: أعتقه في الصحة، وقال الوارث :أعتقه في المرض فالقول: قول الوارث، ولا شيء للموصى له إلا أن يفضل من الثلث شيء أو تقوم البينة أن العتق كان في الصحة لأن الموصى له يدعي استحقاق ثلث ماله سوى العبد لأن العتق في الصحة ليس بوصية فينفذ من جميع المال والوارث ينكر استحقاقه ثلث ماله غير العبد، لأن العتق في المرض وصية وهو مقدم على غيره من الوصايا فذهب الثلث بالعتق فبطل حق الموصى له بالثلث فكان منكراً لاستحقاقه، والقول للمنكر مع اليمين، ولأن العتق حادث والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهداً للورثة **فيكون القول قولهم مع اليمين** ولا شيء للموصى له إلا أن يفضل من الثلث شيء من قيمة العبد لأنه لا مزاحم له فيه فيسلم له ذلك أو تقوم له البينة أن العتق وقع في الصحة فيكون له ثلث جميع المال سوى العبد، لأن الثابت بالبينة، كالثابت معاينة والموصى له خصم بالإجماع لأنه يثبت حقه وكذا العبد، أما عند أبي حنيفة رحمه اللّه فظاهر لأن العتق حق العبد على ما عرف من مذهبه فيكون خصماً فيه لإثبات حقه، وأما عندهما فلأن العتق فيه حق العبد وإن كان حقاً للّه تعالى فيكون بذلك خصماً، وهو نظير حد القذف فإنه حق اللّه وفيه حق المقذوف فيكون خصماً بذلك، وكذا السرقة الحد فيها حق اللّه تعالى واسترداد المال حق العبد فلا بدّ من خصومته حتى يقطع السارق.

قال رحمه اللّه: (ولو ادّعى رجل ديناً) أي على الميت، (والعبد عتقاً) أي في الصحة ولا مال له غيره (فصدقهما الوارث سعى في قيمته وتدفع إلى الغريم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقالا رحمهما اللّه: يعتق ولا يسعى في شيء لأن الدين والعتق في الصحة ظهرا معاً بتصديق الوارث في كلام واحد فصار كأنهما وجدا معاً أو ثبت ذلك بالبينة، والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان على المعتق دين،

كانت الدية عليهم في مالهم لالتزامهم وجازت الوصية لطهارة العبد بالفداء عن الجناية فصار كأنه لم يجن اهـ إتقاني. **قوله: (لأن العبد طهر)** بالطاء المهملة من الطهارة اهـ إتقاني. **قوله: (فيكون القول قولهم مع اليمين)** فيحلف باللّه ما أعتقه في الصحة وأعتقه في المرض

وله أن الإقرار بالدين أقوى من الإقرار بالعتق، ولهذا يعتبر إقراره بالدين/ من جميع [٢٨٠ب/٣] المال، وبالعتق من الثلث، والأقوى يدفع الأدنى فصار كإقرار المورث نفسه بأن ادّعى عليه رجل ديناً وعبده عتقاً في صحته، فقال في مرضه: صدقتما فإنه يعتق العبد ويسعى في قيمته فكذا هذا، وقضية الدفع أن يبطل العتق في المرض أصلاً إلا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية عليه، ولأن الدين أسبق فإنه لا مانع له من الاستناد فيستند إلى حالة الصحة ولا يمكن استناد العتق إلى تلك الحالة لأن الدين يمنع العتق في حالة المرض مجاناً فتجب السعاية، وعلى هذا الخلاف إذا مات وترك ألف درهم فقال رجل: لي على الميت ألف درهم دين، وقال آخر: هذا الألف لي كان لي عنده وديعة فعنده الوديعة أقوى وعندهما هما سواء كذا في الهداية، وقال في النهاية: ذكر فخر الإسلام والكيساني الوديعة أقوى عندهما لا عنده عكس ما ذكر في الهداية، ثم قال: وذكر في المنظومة ما يؤيد ما ذكر فخر الإسلام والكيساني فقال:

لو تركة ألفاً وهذا يدعي ... ديناً وذاك قال هذا مودعي
والابن قد صدّق هذين معاً ... استويا وأعطيا من أودعا[1]

وجه قول من يقدّم الوديعة أن الوديعة ثبتت في عين الألف والدين ثبت في الذمة أوّلاً ثم ينتقل إلى العين فكانت الوديعة أسبق فكان صاحبها أحق كما لو كان المورّث حياً فقال: صدقتما، ووجه قول من سوّى بينهما أن الوديعة لم تظهر إلا مع الدين فيستويان فيه فيتحاصان فيه، كما لو أقر بالدين ثم بالوديعة بخلاف إقرار المورّث نفسه لأن إقراره بالدين يثبت في الذمة وبالوديعة يتناول العين فيكون صاحبها أولى لتعلق حقه بها، وإقرار الوارث بالدين يتناول عين التركة كإقراره بالوديعة يتناول العين فافترقا وصاحب الكافي ضعف أيضاً ما ذكره في الهداية وجعل الأصح خلافه.

قال رحمه الله: (وبحقوق الله تعالى قدّمت فرائض وإن أخرها كالحج والزكاة والكفارات) لأن الفرض أهم من النفل والظاهر منه البداية بالأهم.

قال رحمه الله: (وإن تساوت في القوّة بدئ بما بدأ به) لأن الظاهر من حال المرء أن يبدأ بما هو الأهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت نصاً فصار كأنه نص على تقديمه باعتبار حاله فتقدّم الزكاة على الحج لتعلق حق العبد به، وعن أبي يوسف

اهـ قارئ الهداية.

---

(١) لم أعثر عليه.

رحمه اللّه أن الحج يقدّم عليها لأنه يقام بالمال والبدن والزكاة بالمال فقط فكان الحج أقوى، وهو قول محمد رحمه اللّه: وهما يقدّمان على الكفارة لرجحانهما عليها لأنه قد جاء الوعيد فيهما ما لم يأت في غيرهما، قال اللّه تعالى: ﴿والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل اللّه فبشرهم بعذاب أليم﴾ [التوبة: ٣٤]، وقال تعالى: ﴿فتكوى بها جباههم وجنوبهم﴾ [التوبة:٣٥]، وقال تعالى: ﴿ومن كفر فإن اللّه غني عن العالمين﴾ [آل عمران:٩٧] مكان قوله ومن ترك الحج إلى غير ذلك من النصوص والأخبار الواردة فيهما، وكفارة القتل والظهار واليمين مقدّمة على صدقة الفطر لأن عرف وجوبها بالكتاب دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الأضحية للاتفاق على وجوبها دون الأضحية، وعلى هذا القياس يقدّم الأقوى فالأقوى حتى تقدّم كفارة القتل على كفارة الظهار واليمين لأنه أقوى وأكثر تغليظاً منهما، ألا ترى أن الإسلام شرط في التحرير عنها دونهما ثم تقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار لأنها تجب بهتك حرمة اسم اللّه تعالى وكفارة الظهار وجبت بإيجاب حرمة على نفسه فكانت كفارة اليمين أغلظ وأقوى دونها، وما ليس بواجب قدّم منه ما قدمه الموصي لما بينا والأصل فيه أن الوصايا إذا اجتمعت لا يقدم البعض على البعض إلا العتق والمحاباة على ما بينا من قبل ولا معتبر بالتقديم ولا بالتأخير/ [٢٨١/١ ٣/] ما لم ينص عليه، ولهذ لو أوصى الجماعة على التعاقب يستوون في الاستحقاق ولا يقدّم أحد على أحد غير أن المستحق إذا اتحد ولم يف الثلث بالوصايا كلها يقدم الأهم فالأهم باعتبار أن الموصي يبدأ بالأهم عادة فيكون ذلك كالتنصيص عليه لأن من عليه قضاء من صلاة أو حج أو صوم لا يشتغل بالنفل من ذلك الجنس ويترك القضاء عادة، ولو فعل ذلك نسب إلى الخفة فإذا كان كذلك فلو أوصى الآدمي مع الوصايا بحقوق اللّه تعالى وكان الآدمي معيناً قسم الثلث على جميع الوصايا ما كان للّه وما كان للعبد فما أصاب القرب صرف على الترتيب الذي ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لأنه إذا كان المقصود بجميعها وجه اللّه تعالى فكل واحدة منها في نفسها مقصود فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين فتكون كل جهة منها مستحقة بانفرادها ثم تجمع فيقدم فيها الأهم فالأهم على ما بينا، وإن كان الآدمي غير معين بأن أوصى بالصدقة على الفقراء

قوله: (ولا يجعل الجميع كوصية واحدة) أي بأن قال: ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارة ولزيد يقسم على أربعة أسهم لأن كل جهة غير الأخرى ولا يقدم الفرض على حق الآدمي لحاجة العبد إليه ثم إنما يصرف الثلث إلى الحج الفرض والزكاة والكفارات إذا أوصى بها، فأما بدون الوصية فلا يصرف الثلث إليها بل تسقط عندنا خلافاً للشافعي على ما مر في

فلا يقسم بل يقدم الأقوى فالأقوى لأن الكل يبقى حقاً للّه تعالى إذا لم يكن ثم مستحق معين.

قال رحمه اللّه: (وبحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده يحج راكباً) أي إذا أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلاً من بلده يحج عنه راكباً لأن الواجب عليه أن يحج من بلده فيجب عليه الإحجاج كما وجب لأن الوصية لأداء ما هو الواجب عليه، وإنما شرط أن يكون راكباً لأنه لا يلزمه أن يحج ماشياً فوجب عليه الإحجاج على الوجه الذي لزمه.

قال رحمه اللّه: **(وإلا فمن حيث يبلغ)** أي إن لم يبلغ الثلث النفقة إذا أحجوا عنه من بلده أحجوا عنه من حيث يبلغ، والقياس أن لا يحج عنه لأنه أوصى بالحج على صفة، وقد عدمت تلك الصفة فيه ولكن جاز ذلك استحساناً لأن مقصوده تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن، ولا يمكن على هذا الوجه فيؤتى بها على وجه يمكن وهو أولى من إبطاله بخلاف العتق، وقد فرقنا بينهما فيما إذا أوصى بأن يشتري عبد بمال قدّره فضاع بعضه على قول أبي حنيفة رحمه اللّه.

قال رحمه اللّه: (ومن خرج من بلده حاجاً فمات في الطريق وأوصى بأن يحج عنه يحج عنه من بلده) وإن أحجوا عنه من موضع آخر فإن كان أقرب من بلده إلى مكة ضمنوا النفقة، وإن كان أبعد لا ضمان عليهم لأنهم في الأول لم يحصلوا مقصوده بصفة الكمال والإطلاق يقتضي ذلك وفي الثاني حصلوا مقصوده وزيادة وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: يحج عنه من حيث مات استحساناً لأن سفره بينة الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره، وقد وقع أجره على اللّه تعالى لقوله عز وجل ومن يخرج من بيته مهاجراً إلى اللّه ورسوله الآية ولم ينقطع سفره بموته بل يكتب له حج مبرور فيبدأ من ذلك المكان **كأنه من أهل ذلك** المكان، بخلاف ما إذا خرج من بيته للتجارة لأن سفره لم يقع قربة فيحج عنه من بلده، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن الوصية تنصرف إلى الحج من بلده لأنه الواجب عليه على ما قرّرناه وعمله قد انقطع بالموت **لقوله عليه الصلاة والسلام**: «**كل عمل** ابن آدم ينقطع بموته إلا ثلاث»[1] الحديث،

الزكاة، وإذا أوصى يعتبر من الثلث لتعلق حق الورثة بماله في مرض الموت اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وإلا فمن حيث يبلغ)** وذكر هشام عن محمد أنه قال: لو أن إنساناً قال: أنا أحج من منزله بهذا المال ماشياً لا يعطى له ذلك ويحج من حيث يبلغ راكباً لأن المعروف أن يكون راكباً فالوصية انصرفت إلى الحج المعروف اهـ إتقاني. **قوله: (كأنه من أهل ذلك)**

---

(١) ذكره العراقي في المغني (٢ / ٢٣)، والزبيدي في إتحاف السادة المتقين (٥ / ٢٨٨).

والمراد بالمتلوّ في حق أحكام الآخرة من الثواب، وهذا الخلاف فيمن له وطن، وأما من لا وطن له فيحج عنه من حيث مات بالإجماع لأنه لو حج بنفسه إنما كان يتجهز من حيث هو فكذا إذا حج غيره لأن وطنه حيث حل.

قال رحمه الله: (والحاج عن غيره مثله) أي المأمور بالحج عن الغير فحج عنه فمات في الطريق فحكمه حكم الحاج عن نفسه إذا مات في الطريق حتى يحج عنه ثانياً من وطنه عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما من حيث مات الأول وقد ذكرناها / في كتاب الحج والله سبحانه وتعالى أعلم. [٢٨١ ب/٣]

باب الوصية للأقارب وغيرهم

قال رحمه الله: **(جيرانه ملاصقوه) وهذا عند أبي حنيفة** رحمه الله وهو القياس لأنه مأخوذ من المجاورة وهي الملاصقة، ولهذ حمل عليه قوله عليه الصلاة والسلام: «الجار أحق بصقبه»(١) حتى لا يستحق الشفعة غير الملاصق بالجوار، ولأنه لما تعذر صرفه إلى الجميع، ألا ترى أنه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الأراضي وجار القرية وجب صرفه إلى أخص الخصوص وهو الملاصق وفي الاستحسان وهو قولهما جار الرجل من يسكن محلته ويجمعهم مسجد المحلة لأن الكل يسمون جاراً عرفاً

لفظة من ليست في خط الشارح اهـ **قوله: (لقوله ﷺ: كل عمل» إلخ)** الحديث إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث علم ينتفع به بعد موته وولد صالح يدعو له وصدقة جارية بعد موته والخروج للحج ليس من الثلاث اهـ إتقاني.

باب الوصية للأقارب وغيرهم

قوله في المتن: (جيرانه ملاصقوه) قال في الإملاء: قال أبو حنيفة: إذ أوصى فقال: ثلث مالي لجيراني فالوصية لجيرانه الملاصقين لداره فكل دار كانت تلزقه، فالوصية لجميع من فيها من السكان وغيرهم عبيداً كانوا أو أحراراً نساء كانوا أو رجالاً بينهم بالسوية ذمة كانوا أو مسلمين بالسوية قربت الأبواب، أو بعدت إن كانوا ملازقين الدار، وقال أبو يوسف ومحمد: الثلث لهؤلاء الذين ذكر أبو حنيفة ولغيرهم من الجيران من أهل المحلة ممن يضمهم مسجد واحد وجماعة واحدة، ودعوة واحدة فهؤلاء جيرانه في كلام الناس فالثلث بينهم بالسوية الأنثى والذكر سواء، والمسلم والكافر في ذلك كله سواء، وقال في الزيادات: عن أبي حنيفة إذا أوصى الرجل بثلث ماله لجيرانه فالقياس في ذلك أن يكون الثلث للسكان وغيرهم ممن يسكن تلك الدور التي تجب لأهلها الشفعة ومن كان

---

(١) أخرجه البخاري في الهبة والشفعة (٦٩٧٨)، وأحمد في مسنده (٢٦٦٣٩).

وشرعاً، قال عليه الصلاة والسلام: «لا صلاة لجار المسجد إلا في المسجد **ففسر بكل من سمع النداء**»(١)، ولأن المقصود بالوصية للجيران أن يبرهم ويحسن إليهم واستحبابه ينتظم الملاصقين وغيرهم إلا أنه لا بدّ من الاختلاط ليتحقق معنى الاسم والاختلاط عند اتحاد المسجد، **وقال الشافعي** رحمه الله: الجار إلى أربعين داراً من كل جانب **لقوله** ﷺ: «**حق الجار أربعون داراً هكذا وهكذا**»(٢)، قلنا: هذا ضعيف عند أهل النقل فلا يمكن الاحتجاج به ويستوي في الجار الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذمي لأن الاسم يتناول الكل ويدخل فيه العبد الساكن عنده لأن مطلق هذ الاسم يتناوله، ولا يدخل عندهما لأن الوصية له وصية لمولاه وهو ليس بجار بخلاف المكاتب لأن استحقاق ما في يده والاختصاص به ثبت له ولا يملك المولى إلا بالتمليك منه، ألا ترى أنه يجوز له أخذ الزكاة وإن كان مولاه غنياً بخلاف القن والمدبر وأم الولد، والأرملة تدخل لأن سكناها مضاف إليها ولا تدخل التي لها بعل لأن سكناها غير مضاف إليها، وإنما هي تبع فلم تكن جاراً حقيقة.

قال رحمه الله: (وأصهاره كل ذي رحم محرم من امرأته) لما روي أنه «عليه الصلاة والسلام لما تزوج **صفية** أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها إكراماً لها وكانوا يسمون أصهار النبي ﷺ»(٣) وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيد رحمهما الله، وفي الصحاح الأصهار أهل بيت المرأة ولم يقيده بالمحرم وقال الفرّاء: في قوله تعالى: ﴿وهو الذي خلق من الماء بشراً فجعله نسباً وصهراً﴾ [الفرقان: ٥٤] والنسب ما لا يحل نكاحه والصهر الذي يحل نكاحه كبنات العم والخال وأشباههن من القرابة التي يحل تزويجها، وعن ابن عباس رضي الله عنهما خلاف ذلك فإنه قال: حرّم الله

منهم له دار من تلك الدور وليس بساكن فيها فليس من جيرانه. **قوله: (وهذا عند أبي حنيفة)** وقول زفر: كقول أبي حنيفة اهـ غاية. **قوله: (ففسر بكل من سمع النداء)** قال القدوري في كتاب التقريب: وقد قال هلال الرأي: إن الجار من أسمعه المنادي لأنه روي عن علي أنه قال: لا صلة لجار المسجد إلا في المسجد فقيل له ومن جار المسجد قال: من أسمعه المنادي قال: وهذا ليس بشيء لأنه لو جاز اعتبار الوصية بهذا لجاز في الشفعة اهـ إتقاني. **قوله: (وقال الشافعي: إلخ)** قال في وجيزهم: إذا أوصى لجيرانه أعطي أربعون جاراً من أربعة جوانب أي من كل جانب أربعون اهـ غاية. **قوله: («لقوله** ﷺ: **حق الجار أربعون داراً هكذا وهكذا»)** الحديث، وقوله: هكذا وهكذا قال العلماء: إنه خبر لا يعرف وراويه مطعون اهـ

---

(١) ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير (٢ / ٣١)، والزيلعي في نصب الراية (٤ / ٤١٢).

(٢) ذكره ابن حجر في مجمع الزوائد (٨ / ١٦٨).

(٣) أخرجه أبو داود في العتق (٣٩٣١)، وأحمد في مسنده (٢٥٨٣٣).

تعالى من النسب سبعاً ﴿حرّمت عليكم أمّهاتكم﴾ إلى قوله: ﴿وبنات الأخت﴾ ومن الصهر سبعاً ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾ إلى قوله: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾ [النساء:٢٣]، قال في المغرب عقيب ذكره قاله الأزهري. وهذا هو الصحيح لا ارتياب فيه هذا هو المذكور في كتب اللغة، وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لأن الكل أصهار وشرطه أن يموت وهي منكوحته أو معتدّته من طلاق رجعي لا من بائن سواء ورثت بأن أبانها في المرض أو لم ترث، لأن الرجعي لا يقطع النكاح والبائن يقطعه، وقال الحلواني: الأصهار في عرفهم كل ذي رحم محرم من نسائه التي يموت هو وهن نساؤه أو في عدّة منه، وفي عرفنا أبو المرأة وأمها ولا يسمى غيرهما صهراً.

قال رحمه الله: (**وأختانه** زوج كل ذي رحم محرم منه كأزواج البنات والعمات والخالات) لأن الكل يسمى ختناً وكذا كل ذي رحم محرم من أزواجهن لأنهم يسمون أختاناً، وقيل: هذا عرفهم، وفي عرفنا لا يتناول إلا أزواج المحارم ويستوي فيه الحرّ والعبد.

قال رحمه الله: (وأهله زوجته) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا رحمهما الله: يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته غير مماليكه اعتباراً للعرف وهو مؤيد بالنص/ [٢٨٢/١/٣]، قال الله تعالى: ﴿وأتوني بأهلكم أجمعين﴾ [يوسف: ٩٣]، وقال تعالى: ﴿فأنجيناه وأهله إلا امرأته﴾ [الأعراف: ٨٣]، والمراد من كان عياله، ولأبي حنيفة رحمه الله أن الاسم حقيقة للزوجة يشهد بذلك النص والعرف، قال الله تعالى: ﴿وسار بأهله وقال لأهله امكثوا﴾ [القصص: ٢٩]، ومنه قولهم: تأهل ببلدة كذا، والمطلق ينصرف إلى الحقيقة المستعملة.

قال رحمه الله: (وآله أهل بيته) لأن الآل القبيلة: التي ينسب إليها فيدخل فيه كل من ينسب إليه من قبل آبائه إلى **أقصى أب له في الإسلام** الأقرب والأبعد والذكر والأنثى والمسلم والكافر والصغير والكبير فيه سواء، ولا يدخل فيه أولاد البنات وأولاد

غاية. **قوله**: (**صفية**) صوابه جويرية كما ذكره أبو داود. **قوله في المتن**: (**وأختانه إلخ**) قال محمد في إملائه: إذا قال: قد أوصيت لأختاني بثلث مالي فأختانه زوج كل ذي رحم محرم منه وكل ذي رحم محرم من الزوج فهؤلاء أختانه، فإن كانت له أخت وبنت أخت وخالة ولكل واحدة منهن زوج ولزوج كل واحدة منهن أرحام فكلهم جميعاً أختانه، والثلث بينهم بالسوية الأنثى والذكر فيه سواء، أمّ الزوج وجدته وغير ذلك سواء اهـ إتقاني. **قوله**: (**أقصى أب له في الإسلام**) وهو أوّل أب أسلم أو أوّل أب أدرك الإسلام وإن لم يسلم اهـ **قوله**:

الأخوات ولا أحد من قرابة أمه، لأنهم لا ينسبون إلى أبيه وإنما ينسبون إلى آبائهم فكانوا من جنس آخر ومن أهل بيت آخر لأن النسب يعتبر من الآباء.

قال رحمه الله: (وجنسه أهل بيت أبيه) لأن الإنسان يتجنس بأبيه فصار كآله بخلاف قرابته حيث يدخل فيه جهة الأب والأمّ لأن الكل يسمون قرابة فلا يختص بشيء منهم، وكذا أهل بيته وأهل نسبه كآله وجنسه فيكون حكمه كحكمه في جميع ما ذكرنا ويدخل فيه الأب والجد لأن الأب أصل النسب والجدّ أصل نسب أبيه، وقال في الكافي: لو كان الأب الأكبر حياً لا يدخل تحت الوصية لأن الوصية للمضاف لا للمضاف إليه، ولو أوصت المرأة لجنسها أو لأهل بيتها لا يدخل ولدها لأن ولدها ينسب إلى أبيه لا إليها إلا أن يكون أبوه من قوم أبيها.

قال رحمه الله: (وإن أوصى لأقاربه أولذوي قرابته أو لأرحامه أو لأنسابه فهي للأقرب فالأقرب من كل ذي رحم محرم منه لا يدخل الوالدان والولد والوارث وتكون للاثنين فصاعداً) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له في الإسلام وإن لم يسلم بعد أن أدرك الإسلام أو أسلم على ما اختلف فيه المشايخ، وفائدة الخلاف تظهر في مثل أبي طالب وعلي رضي الله عنه إذا وقعت الوصية لأقرباء أحد **من أولاد علي** فمن اكتفى بإدراك الاسلام صرفه إلى أولاد أبي طالب، ومن شرط إسلامه صرفه إلى أولاد علي رضي الله عنهم لا غير، ولا يدخل أولاد عبد المطلب بالإجماع لأنه لم يدرك الإسلام لهما أن الاسم يتناول الكل لأن لفظة القريب حقيقة للكل، إذ هي مشتقة من القرابة فيكون اسماً لكل من قامت به فيتناول مواضع الخلاف ضرورة، ولأبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن الوصية أخت الميراث وفي الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب فكذا في أخته لأن الأخت لا تخلف الأخت في الأحكام، ولأن المقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في إقامة الواجب وهو صلة الرحم والوجوب مختص بذي الرحم المحرم ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الإجماع على تركه فإن كلاً منهما قيده بما ذكره، والشافعي رحمه الله قيده بالأب الأدنى، ولا يدخل فيه قرابة الولاد عندنا لأنهم لا يسمون أقرباء عادة ومن سمى والده قريباً كان منه عقوقاً إذ القريب في عرف أهل اللغة من يتقرب إلى غيره بواسطة غيره وتقرّب الوالد والولد بنفسه لا بغيره، ولهذا عطف القريب على الوالدين في قوله تعالى: ﴿الوصية للوالدين والأقربين﴾ [البقرة: ١٨٠] والعطف للمغايرة ولو كانا منهم لما عطفوا عليهما، ويدخل فيه الجدّ والجدّة وولد الولد في ظاهر الرواية، **وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنهم لا يدخلون**، وقيل: ما ذكراه من أنه يصرف إلى أقصى أب

(من أولاد علي) يعني إذا أوصى علوي لأقربائه اهـ **قوله**: (وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنهم لا

له في الإسلام كان في ذلك الزمان حين لم يكن في أقرباء الإنسان الذين ينسبون إلى أقصى أب له في الإسلام كثرة، فأما في زماننا ففيهم كثرة لا يمكن إحصاؤهم فتصرف الوصية إلى أولاد أبيه/ وجدّه وجد أبيه وأولاد أمّه وجدته وجدة أمّه ولا تصرف إلى أكثر من ذلك، ويستوي الحرّ والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والأنثى على المذهبين، وإنما تكون للاثنين فصاعداً عنده لأن المذكور فيه بلفظ الجمع، وفي الميراث يراد بالجمع المثنى فكذا في الوصية لأنها أخته، قال الراجي عفو ربه: هذا ظاهر في الأقارب ونحوه، وأما في الأنساب فمشكل لأنه جمع نسب، وفيه لا تدخل قرابته من جهة **الأم فكيف دخلوا فيه هنا**. [٢٨٢ ب/٣]

قال رحمه اللّه: (فإن كان له عمان وخالان فهي لعميه) لأنهما أقرب كما في الإرث ولفظ الجمع يراد به المثنى في الوصية على ما بينا فيكتفى بهما، وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه وعندهما رحمهما اللّه تكون بينهم أرباعاً لأنهما يعتبران الأقرب.

قال رحمه اللّه: (ولو عم وخالان كان له النصف ولهما النصف) أي لو كان له عم وخالان كان للعم نصف ما أوصى به وللخالين النصف لأن اللفظ جمع فلا بد من اعتبار معنى الجمع فيه وهو الاثنان في الوصية على ما عرف، فيضم إلى العم الخالان ليصير جمعاً فيأخذ هو النصف لأنه أقرب ويأخذان النصف لعدم من يتقدم عليهما فيه **بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته** حيث يكون جميع الوصية للعم لأنه لفظ مفرد فيحرز الواحد جميع الوصية إذ هو الأقرب، ولو كان له عم واحد لا غير كان له نصف الوصية لما بينا أنه لا بد من اعتبار الجمع فيه ويردّ النصف إلى الورثة لعدم من يستحقه لأن اللفظ جمع وأدناه اثنان في الوصية فيكون لكل واحد منهما النصف، فلهذا يعطى له النصف والنصف الآخر يردّ إلى الورثة.

قال رحمه اللّه: (ولو عم وعمة استويا) **لأن قرابتهما مستويتان** ومعنى الجمع قد تحقق بهما فاستحقوا حتى لو كان له أخوال معهما لا يستحقون شيئاً لأنهما أقرب، ولا حاجة إلى الضم إليهما لكمال النصاب بهما ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لأنها

يدخلون) لأن الجدّ بمنزلة الأب، وولد الولد بمنزلة الولد اهـ غاية. **قوله: (فكيف دخلوا فيه هنا)** والجواب أن المراد بأنسابه حقيقة النسبة وهي ثابتة من الأم كالأب، ولا يلزم من نسبة الولد إلى أبيه بالدعوة ترجيحاً لجانبه انقطاعها عن الأم اهـ **قوله: (بخلاف ما إذا أوصى لذي قرابته)** قال في الكافي: ولو أوصى لذي قرابته لا يشترط فيه الجمع لاستحقاق الكل حتى لو كان له عم وخالان فكله للعم عنده، لأن اللفظ للفرد فيحرز العم كلها لأنه أقرب اهـ **قوله: (لأن قرابتهما مستوية)** الذي بخط الشارح لأن قرابتهما مستويتان اهـ.

مقيدة بهذا فلا بد من مراعاته، وهذا كله عند أبي حنيفة رضي اللّه عنه وعندهما لا تبطل، ولا يختص الأعمام بالوصية دون الأخوال لما عرف من مذهبهما.

قال رحمه اللّه: (ولولد فلان للذكر والأنثى على السواء) أي لو أوصى لولد فلان فالوصية بنيهم للذكر والأنثى على السواء لأن اسم الولد يشمل الكل، وليس في اللفظ شيء يقتضي التفضيل فتكون الوصية بينهم على السواء.

قال رحمه اللّه: (ولورثة فلان للذكر مثل حظ الأنثيين) أي إذا أوصى لورثة فلان كانت الوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين لأن الاسم مشتق من الوراثة وهي بين أولاده أو إخوته كذلك فكذا الوصية، ولأن التنصيص على الاسم المشتق يدل على أن الحكم يترتب على مأخذ الاشتقاق فكانت هي العلة، ألا ترى أن اللّه تعالى لما نص على الوراثة بقوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ [البقرة: ٢٣٣]، ترتب الحكم عليها حتى وجبت النفقة بقدرها، ثم شرط هذه الوصية أن يموت الموصي لورثته قبل موت الموصي حتى تعرف ورثته من هو حتى لو مات الموصي قبل موت الموصي لورثته بطلت الوصية بخلاف ما إذا أوصى لولده، ولو كان مع الورثة موصى له آخر قسم بينهم وبينه على عدد الرؤوس، ثم ما أصاب الورثة جمع وقسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين واللّه أعلم.

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

قال رحمه اللّه: (**وتصح الوصية بخدمة عبده** وسكنى داره مدة معلومة وأبداً) لأن المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل وبغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته، كما في الأعيان ويكون محبوساً على ملك الميت في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه، كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم

باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة

لما فرغ عن بيان أحكام الوصايا التي تتعلق بالأعيان شرع في بيان أحكام الوصايا التي تتعلق بالمنافع، وهي الأعراض وأخرها عن الأعيان لأن الأعيان هي الأصل لكون العين قائمة بذاتها دون العرض اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وتصح الوصية بخدمة عبده إلخ)** وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة فيخرجه إلى أهله لخدمة هنالك إذا كان يخرج من الثلث اهـ هداية. يعني إذا أوصى رجل من أهل الكوفة بخدمة عبده لزيد مثلاً فليس لزيد أن يخرج العبد من الكوفة إلى موضع آخر ليستخدمه فيه إلا أن يكون الموصى له وأهله في غير الكوفة، فحينئذٍ يكون له أن

[٢٨٣/١ ٣] ملك الواقف ويجوز مؤقتاً/ ومؤبداً كما في العارية فإنها تمليك على أصلنا، بخلاف الميراث فإنه خلافة فيما يتملكه المورث وتفسيرها أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان له، وذلك في عين تبقى والمنفعة عرض يفنى، وكذا الوصية بغلة الدار والعبد جائزة لأنها بدل المنفعة والمجوّز للوصية بها الحجة وهي تشمل الكل إذ الموصي محتاج إلى التقرّب إلى اللّه تعالى بما يقدر عليه، وكذا الموصى له محتاج إلى قضاء حاجته بأي شيء كان.

قال رحمه اللّه: (فإن خرج العبد من ثلثه سلم إليه ليخدمه) لأن حق الموصى له في الثلث لا تزاحمه الورثة فيه.

قال رحمه اللّه: (وإلا) أي **وإن لم يخرج من الثلث** (خدم الورثة يومين والموصى له يوماً) لأن حقه في الثلث، وحقهم في الثلثين كما في الوصية بالعين، ولا يمكن قسمة العبد أجزاء لأنه لا يتجزأ فصرنا إلى المهايأة **فيخدمهم أثلاثاً**، هذا إذا كانت الوصية غير مؤقتة، وإن كانت مؤقتة بوقت كالسنة مثلاً فإن كانت السنة غير معينة يخدم الورثة يومين والموصى له يوماً إلى أن يمضي ثلاث سنين، فإذ مضت سلم إلى الورثة لأن الموصى له استوفى حقه وإن كانت معينة، فإن مضت السنة قبل موت الموصي بطلت الوصية، وإن مات قبل مضيها يخدم الموصى له يوماً والورثة يومين إلى أن تمضي تلك السنة، فإذا مضت سلم إلى الورثة، وكذا الحكم لو مات

يخرجه لأن تنفيذ الوصية على حسب ما يعرف من مقصود الموصي فإذا كان الموصى له وأهله في مصر الموصي فمقصود الموصي أن يخدمه العبد في المصر بدون أن تلزمه مشقة السفر، وإذا كانوا في غير مصر الموصي فمقصوده أن يحمل العبد إلى أهله ليخدمه عندهم وهذا هو المعلوم بدلالة الحال ولو أنه شرط أن يخدمه عند أهله بالإفصاح كان للموصى له أن يخرجه إلى أهله فكذا إذا علم عند أهله بالدلالة لأن الثابت بالدلالة كالثابت بالصريح اهـ غاية. **قوله**: **(إن لم يخرج من الثلث)** وكان لا مال له غيره اهـ رازي. **قوله**: **(فيخدمهم أثلاثاً)** في المبسوط والجامع للتمرتاشي ونفقة العبد الموصي بخدمته وكسوته على صاحب الخدمة، وبه قال الإصطخري وأحمد في رواية، وقال الشافعي وأحمد في ظاهر مذهبهما: على صاحب الرقبة، وبه قال أبو ثور: كالعبد المستأجر لأن النفقة مؤنة فتجب على مالك الرقبة، ولهذا تجب فطرته عليه، وقلنا: العبد لا يقوى على الخدمة إلا بالنفقة فنفقته على من يخدمه، كالمستعير فإنه ينفق على المستعار وينتفع، وفي المغني لابن قدامة وهو الأصح، وأما لو أوصى بخدمة عبد صغير لا يقدر على الخدمة وبرقبته لآخر فنفقته على صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمة فإذا اشتغل بالخدمة صارت نفقته على صاحب الخدمة لأن النفقة عليه في حال الصغر تنمو العين والمنفعة في ذلك لصاحب الرقبة إذ الأصل أن

الموصي بعد مضي بعضها بخلاف الوصية بسكنى الدار إذا كانت لا تخرج من الثلث حيث يقسم عين الدار أثلاثاً للانتفاع بها لإمكان قسمة عين الدار أجزاء، وهو أعدل للتسوية بينهما زماناً وذاتاً وفي المهايأة تقديم أحدهما زماناً، ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان يجوز أيضاً لأن الحق لهم إلا أن الأوّل أولى لكونه أعدل، وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار لأن حق الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار ظاهراً بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث، وكذا له حق المزاحمة فيما في أيديهم إذا خرب ما في يده البيع يتضمن إبطال ذلك فيمنعون عنه، وعن أبي يوسف رحمه الله لهم ذلك لأنه خالص حقهم والظاهر الأول والمعنى ما بيناه.

قال رحمه الله: (وبموته يعود إلى ورثة الموصي) أي بموت الموصى له يعود العبد أو الدار إلى ورثة الموصي لأنه أوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي بغير رضاه وذلك غير جائز.

قال رحمه الله: (ولو مات في حياة الموصي بطلت) أي لو مات الموصى له قبل موت الموصي بطلت الوصية لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت وفي الحال ملك الموصي ثابت فيه ولا يتصوّر تملك الموصى له بعد موته فبطلت.

نفقة المملوك على المالك إلا أن يصير معدّاً لانتفاع الغير كالأمة إذا زوّجها وبوّأها فنفقتها على الزوج، وإن لم يبوّئها فالنفقة على المولى (فرع) أوصى بغلة عبده لرجل هل له أن يستخدمه بنفسه قال الإمام الإسبيجابي في شرح الطحاوي: إذا أوصى بغلة عبده لرجل فأراد الموصى له بالغلة أن يستخدمه بنفسه لم يذكر هنا في ظاهر الرواية واختلف المشايخ فيه قال بعضهم: له أن يستخدمه بنفسه وقال بعضهم: ليس له ذلك، لأن الموصي أوصى له بالغلة لا بالخدمة قال الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا: فلو كان أوصى له بغلة الدار فأراد أن يسكن هو بنفسه فإن هذا الفصل لم يذكر عن أصحابنا المتقدمين واختلف المتأخرون فيه ذكر عن أبي بكر الإسكاف أنه كان يقول: له ذلك، وكان أبو بكر بن سعيد يقول: ليس له ذلك، أما من قال: له ذلك لأن غيره يسكن له ولأجله فإذا سكن بنفسه جاز أيضاً، وأما من قال: ليس له ذلك لأن في ذلك ضرراً على الميت لأنه لو آجره وأخذ الغلة فلو ظهر على الميت دين يقضي الدين من تلك الغلة، ولو سكن هو بنفسه لا يمكن أن يقضي من السكنى اهـ إتقاني. قال شمس الأئمة في شرح الكافي: وليس للموصى له بسكنى الدار وخدمة العبد أن يؤاجرهما عندنا وقال الشافعي: له ذلك لأنه تملك المنفعة بعقد مضاف إلى ما بعد الموت، كتملك المنفعة في حال الحياة ولو تملك المنفعة

قال رحمه اللّه: (وبثمرة بستانه فمات وفيه ثمرة له هذه الثمرة، وإن زاد أبداً له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه) أي إذا أوصى بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة كان له هذه الثمرة وحدها، وإن قال له: ثمرة بستاني أبداً كان له هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش، وإن أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل، فحاصله أنه إذا أوصى بالغلة استحقه دائماً وبالثمرة لا يستحق إلا القائم إلا إذا زاد أبداً، فحينئذٍ يصير كالغلة فيستحقه دائماً، وهو المراد بقوله: وإن زاد أبداً له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه، أي إذا زاد في الثمرة لفظة أبداً صار كما إذا أوصى بغلة بستانه من غير زيادة شيء حتى يستحق الموجود وما سيوجد فيهما فيحتاج إلى الفرق بينهما، الفرق أن الثمرة اسم للموجود عرفاً فلا يتناول المعدوم إلا بدلالة زائدة مثل / [٢٨٣ ب/٣] التنصيص على الأبد إذ لا يتأبد إلا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور، وإن لم يكن شيئاً، أما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفاً يقال: فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره فإذا أطلقت تناو ل الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة أخرى، وأما الثمرة فإذا أطلقت يراد بها الموجود **ولا تتناول المعدوم إلا بدليل زائد عليه**، وإنما قيده بقوله: وفيه ثمرة لأنه إذا لم يكن في البستان ثمرة، والمسألة بحالها فهي كمسألة الغلة في تناولها الثمرة المعدومة ما عاش الموصى له، وإنما كان كذلك لأن الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا يتناول

بالاستئجار في حال الحياة ملك الإجارة من غيره، فكذلك إذا تملك المنفعة بالوصية بعد الموت وهذا لأن المنفعة معتبرة بالعين، وفي العين يصح الاعتياض عنه سواء تملك المنفعة ببدل أو بغير بدل فكذلك يصح الاعتياض عن المنفعة إذا تملكها، ولنا أن الموصى له يملك المنفعة بغير عوض فلا يصح تمليكها من الغير بعوض كالمستعير فإنه لا يملك الإجارة لأنها تمليك بعوض فكذا هذا اهـ إتقاني. وكتب هنا على قوله وكان أبو بكر بن سعيد يقول: ليس له ذلك ما نصه قال في الاختيار: وهو الأصح لأن الغلة دراهم أو دنانير والوصية بهما حصلت وهو استوفى المنافع وهما غيران متفاوتان في حق الورثة فإنه لو ظهر على الموصي دين أمكنهم استرداد الغلة وإيفاء الدين ولا يمكنه استرداد المنفعة بعد استيفائها فكان هذا أولى اهـ **قوله: (ولا يتناول المعدوم إلا بدليل زائد عليه)** قال الإتقاني: وأما الوجه الثالث فهو ما إذا أوصى بثمرة بستانه أو بثمرة أرضه ينظر إن ذكر لفظ الأبد وقع على الحادث، والموجود جميعاً وإن لم يذكر الأبد فإن كان هناك ثمرة موجودة فإنه يقتصر على تلك الثمرة الموجودة، وإن لم يكن هناك ثمرة موجودة فالقياس أن تبطل كما ذكرنا في الصوف واللبن والولد، وفي الاستحسان يقع على الحادث ويصير كما لو ذكر الأبد

المعدوم إلا مجازاً فإذا كان في البستان ثمرة عند موت الموصي صار مستعملاً في حقيقته، فلا يتناول المجاز وإذا لم يكن فيه ثمرة يتناول المجاز، ولا يجوز الجمع بينهما إلا أنه إذا ذكر لفظ الأبد تناولهما عملاً بعموم المجاز لا جمعاً بين الحقيقة والمجاز.

قال رحمه الله: (**وبصوف غنمه** وولدها ولبنها له الموجود عند موته قال: أبداً أو لا) أي إذا أوصى بهذه الأشياء كان له الموجود عند موته، ولا يستحق ما سيحدث بعد موته سواء قال: أبداً أو لم يقل: لأن الوصية إيجاب عند الموت فيعتبر وجود هذه الأشياء عنده فهذا هو الحرف لكن جازت الوصية في الغلة المعدومة والثمرة المعدومة على ما بينا لأنها تستحق بغير الوصية من العقود كالمزارعة والمعاملة فلأن تستحق بالوصية أولى، لأنه أوسع باباً من غيرها، وكذا الصوف على الظهر واللبن في الضرع والولد الموجود في البطن يستحق بجميع العقود تبعاً وبالخلع مقصوداً فكذا بالوصية لما ذكرنا، وأما المعدوم منها فلا يستحق بشيء من العقود فكذا بالوصية، ثم مسائل هذا الباب على وجوه ثلاثة، منها ما يقع على الموجود والمعدوم ذكرالأبد أو لم يذكر كالوصية بالخدمة والسكنى والغلة والثمرة إذا لم يكن في البستان شيء من الثمرة عند موته، ومنه ما يقع على الموجود دون المعدوم ذكر الأبد أو لم يذكر كالوصية باللبن في الضرع والصوف على الظهر والولد في البطن، ومنه ما يقع على المعدوم والموجود إن ذكر الأبد وإلا فعلى الموجود فقط كالوصية بثمرة بستانه وفيه ثمرة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

باب وصية الذمي

قال رحمه الله: (**ذمي جعل داره** بيعة أو كنيسة في صحته فمات فهي ميراث) لأنه بمنزلة الوقف عند أبي حنيفة رحمه الله والوقف عنده لا يلزم فيورث فكذا هذا،

والموصى له ما دام حياً فما يحدث من الثمار يكون له، وإذا مات بطلت وصيته وعاد إلى ورثة الميت والثمار القائمة تكون موروثة عنه، كذا في شرح الطحاوي اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (وبصوف غنمه إلخ)** قال الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا: ولو أوصى بصوف غنمه جازت الوصية إذا كان على ظهرها صوف وقت موت الموصي لأنه يجري فيه الإرث فكذلك تجوز فيه الوصية، ولو أوصى بالصوف الذي يحدث بعد موته فإنه لا يجوز وليس الصوف واللبن بمنزلة الثمرة اهـ إتقاني.

وأما عندهما فلأن هذا معصية فلا يصح وإن كان قربة في معتقدهم، بقي إشكال على قول أبي حنيفة رحمه اللّه وهو أن هذا عندهم كالمسجد عند المسلمين والمسلم ليس له أن يبيع المسجد فوجب أن يكون الذمي فيها كذلك، لأنهم عنده يتركون وما يعتقدون وجوابه أن المسجد محرّر عن حقوق الناس وصار خالصاً للّه تعالى ولا كذلك البيعة في معتقدهم فإنها لمنافع الناس لأنهم يسكنون فيها ويدفنون فيها موتاهم فلم تصر محرّرة عن حقوقهم، فكان ملكه فيها ثابتاً وفي هذه الصورة يورث المسجد أيضاً على ما يجيء بيانه.

قال رحمه اللّه: (وإن أوصى بذلك قوم مسمين فهو من الثلث) أي إذا أوصى بأن تبنى داره بيعة أو كنيسة **لناس معينين فهو جائز** من الثلث، لأن الوصية فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك فأمكن تصحيحه على اعتبار المعنيين.

قال رحمه اللّه: (وبداره كنيسة لقوم غير مسمين صحت كوصية حربي مستأمن بكل ماله لمسلم أو ذمي) أي إذ أوصى بداره أن تبنى كنيسة لقوم غير مسمين/ صحت كما تصح وصية حربي إلخ، أما الأوّل وهو ما إذا أوصى بأن تبنى [٢٨٤/١ ٣] داره كنيسة لغير معين فهو قول أبي حنيفة رضي اللّه عنه وعندهما الوصية باطلة لأن هذا معصية حقيقة، وإن كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لأن في تنفيذها تقرير المعصية، ولأبي حنيفة رحمه اللّه أن هذه قربة في معتقدهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون فيجوز بناء على معتقدهم، ألا ترى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة وهو معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتباراً لاعتقادهم فكذا

باب وصية الذمي

لما ذكر وصية المسلم ذكر وصية الذمي بعده لأن الكفار ملحقون بالمسلمين في أحكام المعاملات بطريق التبعية اهـ إتقاني. **قوله في المتن: (ذمي جعل داره إلخ)** معناه جعل ذلك في موضع لهم إحداث البيع فيه كالقرى وكتب ما نصه قال في الهداية: وإذا صنع يهودي أو نصراني بيعة أو كنيسة في صحته ثم مات فهي ميراث، قال الإتقاني: وهذا قولهم جميعاً، ولكن على الاختلاف في المذهبين أما عند أبي حنيفة فلان مسلماً لو وقف أرضاً في صحته ثم مات صار ميراثاً فكذلك هذا لأن الوقف ليس بلازم حال الحياة بخلاف ما إذا كان مضافاً لما بعد الموت، وأما عندهما فإنما يورث لأن الإيصاء بما لا يكون قربة بين المسلمين لا يصح عندهما. **قوله: (لناس معينين)** أي يحصي عددهم اهـ **قوله: (فهو جائز)** أي بالاتفاق اهـ غاية. وسيأتي في كلام الشارح آخر الصفحة الآتية عند قوله ومنها ما هو مختلف فيه اهـ.

عكسه، ثم الفرق لأبي حنيفة رضي اللّه عنه بين بنائها وبين الوصية بها أن البناء ليس بسبب لزوال الملك، وإنما يزول ملك الباني بأن يصير محرّراً خالصاً للّه تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محرّرة للّه تعالى على ما بينا فتورث عنه، بخلاف الوصية لأنها وضعت لإزالة الملك غير أن ثبوت مقتضى الوصية، وهو الملك امتنع فيما ليس بقربة عندهم فيبقى فيما هو قربة عندهم على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث، قال مشايخنا رحمهم اللّه: هذا إذا أوصى ببنائها في القرى، وأما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لأنهم لا يمكنون من إحداث البيعة في الأمصار، وعلى هذا الخلاف إذا أوصى بأن تذبح خنازير ويطعم المشركون من غير تعيين لما ذكرنا، وإن كان لقوم معينين جاز بالاتفاق على أنه تمليك، فحاصله أن وصايا الذمي ثلاثة أقسام منها ما هو جائز بالاتفاق، وهو ما إذا أوصى بما هو قربة عندنا وعندهم، كما إذا أوصى بأن يسرج في بيت المقدس أو بأن تغزى الترك وهو من الروم سواء كان القوم معينين أو غير معينين لأنه وصية بما هو قربة وفي معتقدهم أيضاً قربة، ومنه ما هو باطل بالاتفاق وهو ما إذا أوصى بما ليس بقربة عندنا ولا عندهم كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات أو أوصى بما هو قربة عندنا، وليس بقربة عندهم كما إذا أوصى بالحج أو ببناء المساجد للمسلمين أو بأن تسرج مساجدهم لأنه معصية عندهم إلا أن تكون لقوم بأعيانهم فتصح باعتبار التمليك، ومنها ما هو مختلف فيه وهو ما إذا أوصى بما هو قربة عندهم وليس بقربة عندنا كبناء الكنيسة لقوم غير معينين، فعند أبي حنيفة رحمه اللّه يجوز وعندهما لا يجوز، وإن كان لقوم معينين يجوز بالإجماع وقد ذكرنا هذا النوع في أوّل الباب، فحاصله أن وصيته لقوم معينين تجوز في الكل على أنه تمليك لهم وما ذكره من الجهة من تسريج المساجد ونحوه خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الإلزام حتى لا يلزمهم أن يصرفوه في الجهة التي عينها هو بل يفعلون به ما شاؤوا لأنه ملكهم، والوصية إنما صحت باعتبار التمليك لهم وصاحب الهوى إذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لأنا أمرنا ببناء الأحكام على ظاهر الإسلام، وإن كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته، قال صاحب الهداية: في المرتدة الأصح أنه تصح وصاياها لأنها تبقى على الردة بخلاف المرتد لأنه يقتل أو يسلم فجعلها كالذمية، وقال السغناقي في النهاية: وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا، وقال بعضهم: لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية، والفرق بينها وبين الذمية أن الذمية تقرّ على اعتقادها وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها، قال الراجي عفو ربه: الأشبه أن تكون كالذمية فتجوز وصيتها لأنها لا تقتل ولهذا يجوز جميع تصرفاتها فكذا

[٢٨٤ ب/٣] الوصية كأنه أراد بقوله: صاحب الكتاب صاحب الهداية وذكر/ العتابي في الزيادات أن من ارتدّ عن الإسلام إلى النصرانية أو اليهودية أو المجوسية فحكم وصاياه حكم من انتقل إليهم فما صح منهم صح منه وهذا عندهما، وأما عند أبي حنيفة رضي اللّه عنه فوصيته موقوفة ووصايا المرتدة نافذة بالإجماع لأنها لا تقتل عندنا، وقال قاضيخان: المرتدة الصحيح أنها كالذمية فيجوز منها ما جاز من الذمية وما لا فلا، وأما الثاني وهو ما إذا أوصى الحربي لمسلم فلأنه أهل للتمليك منجزاً كالهبة ونحوها فكذا مضافاً، ولو أوصى بأكثر من الثلث أو بماله كله جاز لأن امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة وليس لورثته حق مرعي لأنهم أموات في حقنا ولأن حرمة ماله باعتبار الأمان والأمان كان لحقه لا لحق ورثته وقد أسقط حقه فيجوز وقيل: إذا كان ورثته معه لا يجوز بأكثر من الثلث إلا بإجازتهم لأنه بالأمان التزم أحكامنا فصار كالذمي، ولو أوصى ببعض ماله أخذت الوصية وردّ الباقي إلى ورثته، وكذا لو أوصى إلى مستأمن مثله، ولو أعتق عبده عند الموت أو دبره جاز ذلك كله من غير تقييد بالثلث لما بينا، وكذا لو أوصى له مسلم أو ذمي بوصية جاز لأنه ما دام في دار الإسلام فهو كالذمي في المعاملات، ولهذا تصح عقود التمليكات منه وتبرعاته في حال حياته فكذا بعد مماته، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما اللّه وصية المسلم والذمي للحربي المستأمن لا تجوز لأنه في دارهم حكماً حتى يمكن من الرجوع إليها فصارت كالإرث، والأوّل أظهر لأن الوصية تمليك مبتدأ أو لهذا يجوز للذمي والعبد بخلاف الإرث ولو أوصى الذمي بأكثر من الثلث أو لوارثه لا يجوز كالمسلم، لأنهم التزموا أحكام الإسلام فيما يرجع إلى المعاملات ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتباراً بالإرث إذ الكفر كله ملة واحدة ولو أوصى لحربي في دار الحرب لا يجوز، لأن الإرث ممتنع لتباين الدارين فكذا الوصية لأنها أخته، وعلى رواية الجامع الصغير ينبغي أن يجوز كالمسلم ولو أوصى لمستأمن في دار الإسلام ينبغي أن يكون على الروايتين المذكورتين في المسلم واللّه أعلم بالصواب.

باب الوصي

قال رحمه اللّه: (أوصى إلى رجل فقبل عنده وردّ عنده يرتد) أي عند الموصي لأن الموصي ليس له ولاية إلزامه التصرف ولا غرور فيه لأنه يمكنه أن يوصي إلى غيره.

باب الوصي

قوله في المتن: (أوصى إلى رجل إلخ) وإنما قلنا: إن قبول الوصي يصح في حال حياة

قال رحمه الله: (وإلا لا) أي إن لم يردّ عنده بل ردّها في غير وجهه لا يرتد لأن الموصي مات معتمداً عليه فلو صح ردّه في غير وجهه لصار مغروراً من جهته فيردّ ردّه فيبقى وصياً على ما كان كالوكيل إذا عزل نفسه في غيبة الموكل، ولو لم يقبل ولم يردّ حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء قبل، وإن شاءردّ لأن الموصي ليس له ولاية الإلزام فبقي مخيراً.

قال رحمه الله: (وبيعه التركة كقبوله) أي بيع الوصي التركة قبل قبول الوصية **كقبوله نصاً** لأنه دلالة الالتزام فصار قبولاً وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي **سواء علم بالإيصاء أو لم يعلم** بخلاف الوكيل، حيث لا يكون البيع من غير علم قبولاً لأن التوكيل إنابة لثبوته في حال قيام ولاية الموكل فلا يصح من غير علم كإثبات الملك بالبيع والشراء فلا بد من العلم وطريق العلم به أن يخبره واحد من أهل التمييز وقد ذكرناه فيما تقدم، أما الإيصاء فخلافة لأنه مختص بحال انقطاع ولاية الميت فلا يتوقف على العلم كالوراثة.

قال رحمه الله: (وإن مات فقال: لا أقبل ثم قبل صح إن لم يخرجه قاض مذ قال: **لا أقبل**) أي الموصى إليه إن لم يقبل حتى مات الموصي فقال: لا أقبل ثم قال: أقبل فله ذلك إن لم يكن القاضي / أخرجه من الوصية حين قال: لا أقبل لأن مجرد [٢٨٥/١ ٣] قوله: لا أقبل لا يبطل الإيصاء لأن فيه مضرة بالميت، وضرر **الوصي في الإبقاء** مجبور

الوصي لأن تصرف الوصي يقع لمنفعة الموصى فلو وقف القبول والردّ على الموت لم يؤمن أن يموت الموصي ولم يسند وصيته إلى أحد فيكون في ذلك إضرار به فلذلك جوّز والقبول في حال الحياة، ولا يشبه هذا قبول الموصى له لأنه لا يجوز إلا بعد الموت لأن الاستحقاق هناك إنما هو لحق الموصى له فلم يفتقر إلى تقديم القبول على الموت اهـ إتقاني. **قوله: (كقبوله نصاً)** والقياس أن لا يجوز بيعه ولا يكون وصياً وهو قول زفر كذا قال فخر الدين قاضيخان: قال الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا: ولو أن الموصي مات ولم يقبل الوصي حتى باع شيئاً من تركته كان ذلك قبولاً منه للوصاية، لأن القبول يكون مرة بالدلالة ومرة يكون بالإفصاح اهـ إتقاني. **قوله: (سواء علم بالإيصاء أو لم يعلم)** قال في المتن في مسائل شتى قبيل كتاب الشهادة: ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية فهو وصي. **قوله في المتن: (لا أقبل)** من بعد هذا إلى آخر قوله في الشرح فكان له إخراجه ملحق ليس في خط الشارح. **قوله: (وضرر الوصي في الإبقاء إلخ)** هذا جواب سؤال مقدر بأن يقال: كما يلزم الضرر بالميت في بطلان الإيصاء بقوله: لا أقبل يلزم الضرر بالوصي في بقاء الإيصاء ولزومه لأنه يعجز عن القيام بذلك فلم تحملتم ضرر الوصي دون ضرر الموصي حيث قلتم لا يبطل الإيصاء، بقوله: لا أقبل فقال: لما لم يمكن دفع الضررين جميعاً لا بد من أن يتحمل أدنى

بالثواب، ودفع الضرر الأوّل وهو أعلى أولى إلا أن القاضي إذا أخرجه عن الوصية يصح ذلك لأنه مجتهد فيه فكان له إخراجه بعد قوله لا أقبل، كما أن له إخراجه بعد قبوله أو لأنه نصب ناظراً فإذا رأى غيره أصلح كان له عزله ونصب غيره وربما عجز هو عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب حافظاً لمال الميت متصرفاً فيه فيندفع الضرر من الجانبين، ولو قال: أقبل بعدما أخرجه القاضي لا يلتفت إليه لأنه قبل بعدما بطلت الوصية بإخراح القاضي إياه.

قال رحمه اللّه: (**وإلى عبد** وكافر وفاسق بدل بغيرهم) أي إذا أوصى إلى هؤلاء المذكورين أخرجهم القاضي ويستبدل غيرهم مكانهم، وذكر القدوري رحمه اللّه أن القاضي يخرجهم عن الوصية، وهذا يدل على أن الوصية صحيحة لأن الإخراج يكون بعد الدخول، وذكر محمد رحمه اللّه في الأصل أن الوصية باطلة قيل: معناه ستبطل، **وقيل: في العبد باطلة** لعدم الولاية على نفسه، وفي غيره معناه ستبطل، وقيل: في الكافر باطلة أيضاً لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الإخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على نفسه وعلى غيره على ما عرف من أصلنا وولاية الكافر في الجملة، إلا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على إجازة مولاه وتمكنه من الحجر بعدها، والمعاداة الدينية الباعثة على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجهم القاضي عن الوصية ويقيم غيرهم مقامهم إتماماً

الضررين لدفع الضرر الأعلى، والأعلى هنا ضرر الميت لأن ضرره ليس بمجبور بشيء وضرر الوصي مجبور بالثواب فتحمل الأدنى لدفع الأعلى إتقاني. **قوله في المتن: (وإلى عبد)** المراد منه الوصية إلى عبد غيره لأن الوصية إلى عبد نفسه تجيء بعد هذا غاية. **قوله: (وقيل: في العبد باطلة إلخ)** ذكر محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في المسلم يوصي إلى الذمي قال: الوصية باطلة، وكذلك إن أوصى إلى عبد غيره فالوصية باطلة إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير، وذكر محمد في الأصل، وإذا أوصى إلى عبد غيره فالوصية باطلة، وإن أجاز مولاه، وقال في الأصل أيضاً، وإذا أوصى المسلم إلى ذمي أو إلى حربي مستأمن أو غير مستأمن فهو باطل، وقال في الأصل أيضاً: ولو أوصى إلى فاسق متهم مخوف على ماله فالوصية باطلة، ثم اختلف المشايخ في معنى البطلان أنه باطل أصلاً أم معناه سيبطل، قال الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا: وفي شرحه للجامع الصغير: معناه سيبطل، وإليه ذهب القدوري وفخر الإسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير، وعليه عامة المشايخ، وقال بعضهم: إنه باطل أصلاً، وإليه ذهب شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي وذلك لأن الوصية ولاية والرق منافٍ للولاية، ولأنه عاجز عن تحصيل مقصود الموصي لأن منافعه لمولاه فالظاهر أنه يمنعه من التبرع به على غيره وكذلك بعد إجازته

للنظر، وشرط في الأصل أن يكون الفاسق مخوفاً منه على المال لأنه يكون عذراً في إخراجه وتبديله بغيره بخلاف ما إذا أوصى إلى مكاتبه أو مكاتب غيره حيث يجوز لأن المكاتب في منافعه كالحر، وإن عجز بعد ذلك فالجواب فيه كالجواب في القن والصبي كالقن، فلو بلغ الصبي وعتق العبد وأسلم الكافر لم يخرجهم القاضي عن الوصية.

قال رحمه اللّه: (وإلى عبده وورثته صغار صح) أي إذا أوصى إلى عبد نفسه وورثته صغار جاز الإيصاء إليه، وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه تعالى، وقال أبو يوسف رحمه اللّه: لا يجوز وهو القياس لأن الولاية منعدمة لما أن الرق ينافيها، ولأن فيه إثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع، ولأن الولاية الصادرة من الأب لا تتجزأ وفي اعتبار هذه الولاية تجزئتها لأنه **لا يملك بيع رقبته** وهذا خلاف الموضوع، **ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنه مخاطب مستبدّ بالتصرف** فيكون أهلاً للوصاية وليس لأحد عليه ولاية فإن الصغار وإن كانوا ملاكاً ليس لهم ولاية النظر فلا منافاة بخلاف ما إذا كان في الورثة كبار أو الإيصاء إلى عبد الغير لأنه لا يستبدّ بالتصرف إذ كان للمولى منعه بخلاف الأوّل، فإنه ليس للقاضي ولا للصغار منعه بعدما ثبت الإيصاء إليه، وكذا ليس له بيعه وإيصاء المولى إليه يؤذن بكونه ناظراً لهم فصار

لأن هذا بمنزلة الإعارة منه للعبد فلا يتعلق به اللزوم، فإذ رجع عنه كان عاجزاً عن التصرف، وأما الوصية إلى الكافر فلأن في الوصية إثبات الولاية للوصي على سبيل الخلافة عنه، ولا ولاية للذمي والحربي على المسلم لقوله تعالى: ﴿ولن يجعل اللّه للكفارين على المؤمنين سبيلاً﴾ [النساء: ١٤١]، وأما الفاسق فذهب شمس الأئمة السرخسي أيضاً أن الوصية تجوز، ولكن القاضي يخرجه عن الوصاية لأن الوصاية إليه لا تتم معنى النظر، وهذ لأن الفاسق من أهل الولاية ولهذا كان من أهل الإرث فيكون أهلاً للوصية أيضاً. **قوله: (لأنه لا يملك بيع رقبته)** معناه أن ولاية الوصي مثل ولاية الموصي، لكون ولاية الوصي مستفادة من جهة الموصي، ثم ولاية الموصي وهو الأب ليست بمتجزئة حيث لا يقال: إن ولايته في البعض دون البعض وولاية العبد متجزئة لأنه يملك بيع التركات ولا يملك بيع نفسه وهذا نقض الموضوع فلا يجوز، وهذا معنى قوله: وفي اعتباره تجزئتها أي في اعتبار هذه الوصية وهي الوصية إلى عبد نفسه والورثة صغار تجزئة الولاية وفيها تجزئة الوصية أيضاً لأن العبد لا يلي بيع نفسه، ولا يكون وصياً في بيع نفسه اهـ إتقاني. **قوله: (ولأبي حنيفة أنه مخاطب مستبد بالتصرف)** احترز المخاطب عن الصبي والمجنون فإن الإيصاء إليهما لا يجوز لعدم الخطاب واحترز بالمستبد عن الإيصاء إلى عبد الغير لأنه لا استبداد له في التصرف، وعن عبد نفسه أيضاً إذا كان في الورثة كبير لأن للكبير أن

كالمكاتب، **والوصاية قد تتجزأ** على ما رواه الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله، كما إذا أوصى إلى رجلين أحدهما يكون في الدين والآخر في العين يكون كل واحد منهما وصياً فيما **أوصي إليه خاصة**، أو نقول: يصار إليه كي لا يؤدّي إلى إبطال أصله، وتغيير الوصف بإبطال عموم الولاية أولى من إبطال أصل الإيصاء، **وقول محمد رحمه الله: فيه مضطرب** يروى مع أبي حنيفة رحمه الله ويروى مع أبي يوسف رحمه الله.

قال رحمه الله: (وإلا لا) أي إن لم تكن الورثة صغاراً بأن كان كلهم أو بعضهم كباراً لا يجوز الإيصاء إليه لأن للكبير أن يمنعه أو يبيع/ نصيبه فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء بما التزم فلا يفيد. [٢٨٥ ب/٣]

قال رحمه الله: (ومن عجز عن القيام بها ضم إليه غيره) لأن في الضم رعاية الحقين حق الموصي وحق الورثة لأن تكميل النظر يحصل به، لأن النظر يتم بإعانة غيره **ولو شكا الوصي إليه ذلك** فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لأن الشاكي قد يكون كاذباً تخفيفاً على نفسه، ولو ظهر للقاضي عجزه أصلاً استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين، ولو كان قادراً على التصرف وهو أمين فيه ليس للقاضي أن يخرجه لأنه مختار الميت، ولو اختار غيره كان دونه فكان إبقاؤه أولى، ألا ترى أنه

يحجره ويبيع نصيبه منه فلا يبقى الاستبداد اهـ إتقاني. **قوله: (والوصاية قد تتجزأ)** هذا جواب على سبيل المنع عن قوله، وفي اعتباره تجزئتها. وقوله: أو نقول: إلخ يعني سلمنا أن الوصايا لا تتجزأ لكن إنما صرنا إلى التجزء كي لا يؤدي إلخ اهـ **قوله: (أوصى إليه خاصة)** والظاهر عن أبي حنيفة عدم التجزئ فيكون كل منهما وصياً في العين والدين اهـ غاية.
قوله: (وقول محمد: فيه مضطرب إلخ) قال الإتقاني: قال صاحب الهداية: قول محمد مضطرب فيه يروى مرة مع أبي حنيفة، وتارة مع أبي يوسف، ولنا في هذا القيل نظر لأن الكبار الثقات المتقدمين على صاحب الهداية كلهم ذكروا قول محمد مع أبي يوسف بلا اضطراب كالطحاوي في مختصره، والكرخي في مختصره، والحاكم الشهيد في مختصر الكافي وأبي الليث في كتاب نكت الوصايا، والقدوري في التقريب، وشمس الأئمة في شرحه للكافي، وصاحب المنظومة فيها وفي شرحها وغيرهم من أصحابنا على أن محمداً نص في الأصل على ذلك فقال: وإذا أوصى إلى عبده فإن الوصية إليه جائزة في قول أبي حنيفة وفيها قول آخر قول أبي يوسف ومحمد أنه لا يجوز إلى عبده أرأيت لو كبر الصغار، أما كان لهم أن يبيعوه إلى هنا لفظ الأصل، وقول الشافعي كقولهما كذا في شرح الأقطع وقال شمس الأئمة في شرح الكافي: قول أبي حنيفة هو الاستحسان وقولهما هو القياس اهـ
قوله: (ولو شكا الوصي إليه ذلك) أي عجزه عن القيام بأمور الوصية اهـ من خط الشارح.
(فرع) قال: أبو جعفر الطحاوي في مختصره: والأوصياء الأحرار البالغون على ثلاث مراتب

قدم على أب الميت مع وفور شفقته **فأولى أن يقدم على غيره**، وكذا إذا شكت الورثة أو بعضهم الموصى إليه لا ينبغي له أن يعزله حتى يبدو له منه خيانة لأنه استفاد الولاية من الميت غير أنه إذا ظهرت الخيانة فاتت الأمانة، والميت إنما اختاره لأجلها **وليس من النظر إبقاؤه** بعد فواتها وهو لو كان حياً لأخرجه منها فينوب القاضي منابه عند عجزه ويقيم غيره مقامه كأنه مات ولا وصي له.

قال رحمه الله: (وبطل فعل أحد الوصيين) أي إذا أوصى إلى اثنين **لم يكن لأحدهما أن يتصرف في مال الميت** فإن تصرف فيه فهو باطل، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما، **وقال أبو يوسف رحمه الله: ينفرد كل واحد منهما بالتصرف**، ثم قيل: الخلاف فيما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد على حدة، وأما إذا أوصى إليهما بعقد واحد فلا ينفرد أحدهما بالإجماع، كذا ذكره الكيساني وقيل: الخلاف فيما أوصى إليهما معاً بعقد واحد، وأما إذا أوصى إلى كل واحد منهما بعقد على حدة ينفرد أحدهما بالتصرف بالإجماع ذكره الحلواني عن الصفار، قال أبو الليث رحمه الله: وهو الأصح وبه نأخذ، وقيل: الخلاف في الفصلين جميعاً **ذكره أبو بكر الإسكاف**، وقال في المبسوط: وهو الأصح بخلاف الوكيلين إذا وكلهما متفرقاً حيث ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بالإجماع، والفرق أن ضم الثاني في الإيصاء دليل على عجز الأول عن المباشرة وحده وهذا لأن الإيصاء إلى الثاني يقصد به الإشراك مع الأول وهو يملك الرجوع عن الوصية إلى الأول فيملك إشراك الثاني معه وقد يوصي الإنسان إلى غيره على أنه يتمكن من إتمام مقصوده وحده ثم يتبين له عجزه عن ذلك فيضم إليه غيره فصار بمنزلة الإيصاء إليهما معاً ولا كذلك الوكالة فإن رأى الموكل قائم، ولو كان الوكيل عاجزاً لباشر بنفسه لتمكنه من ذلك، ولما وكل علم

فوصي مأمون على ما أوصي به إليه مضطلع للقيام به فلا ينبغي للحاكم أن يعترض عليه، ووصي مأمون غير مضطلع للقيام به أيده الحاكم به ووصي مخوف على ما أوصى به إليه فيخرجه الحاكم من الوصية ويقيم فيها من يطلع عليه. **قوله: (فأولى أن يقدم على غيره)** وهو وصي القاضي اهـ **قوله: (وليس من النظر إبقاؤه)** الذي في خط الشارح وليس من النظر في إبقائه إلخ. **قوله: (لم يكن لأحدهما أن يتصرف في مال الميت)** أي إلا في أشياء معدودة ستأتي قريباً اهـ **قوله: (وقال أبو يوسف: ينفرد كل واحد منهما بالتصرف)** أي في جميع الأشياء اهـ **قوله: (ذكره أبو بكر الإسكاف)** وكان أبو موسى الرازي يقول: هكذا وكان يستدل بمسألة في كتاب الزيادات، إن جارية بين رجلين جاءت بولد فادَّعياه جميعاً فهو ابنهما فإن أوصى كل واحد من الأبوين إلى رجل ثم ماتا جميعاً فليس لأحد الوصيين أن يتصرف دون الآخر في قول أبي حنيفة ومحمد، وفي قول أبي يوسف يجوز فقد ذكر في

أن مراده أن ينفرد كل واحد منهما بالتصرف، ولأن وجوب الوصية عند الموت فيثبت لهما معاً، بخلاف الوكالة المتعاقبة **فإذا ثبت أن الخلاف فيهما معاً** فأبو يوسف رحمه اللّه يقول: إن الوصاية سبيلها الولاية وهي وصف شرعي لا يتجزأ فتثبت لكل واحد كملاً كولاية الإنكاح للأخوين، وهذا لأن الوصاية خلافة وإنما تتحقق الخلافة إذا انتقلت إليه على الوجه الذي كان ثابتاً للموصي وقد كانت بوصف الكمال فتنتقل إليه كذلك، ولأن اختيار الموصي إياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فصار كمواضع الاستثناء، ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعي وصف التفويض وهو وصف الاجتماع لأنه شرط مفيد إذ رأى الواحد لا يكون كرأي المثنى ولم يرض الموصي إلا بالمثنى فصار كل واحد في هذا السبب بمنزلة شطر العلة وهو لا يثبت به الحكم فكان باطلاً بخلاف الأخوين في الإنكاح لأن السبب هناك القرابة وقد قامت بكل واحد منهما كملاً، ولأن الإنكاح حق مستحق لها على الولي حتى / لو طالبته [٢٨٦ أ/٣] بإنكاحها من كفء يخطبها يجب عليه وهاهنا حق التصرف للوصي ولهذا بقي مخيراً في التصرف، ففي الوليين أو في أحدهما حقاً على صاحبه، وفي الوصيين استوفى حقاً لصاحبه فلا يصح، نظير الأوّل إيفاء دين عليهما ونظير الثاني استيفاء دين لهما حيث يجوز في الأول دون الثاني بخلاف مواضع الاستثناء لأنها من باب الضرورة لا من باب الولاية على ما بيناه ومواضع الضرورة مستثناة دائماً وهو ما استثناه في الكتاب وأخواتها.

فقال رحمه اللّه: (في غير التجهيز وشراء الكفن) لأن في التأخير فساد الميت، ولهذا يملكه الجيران أيضاً في الحضر والرفقة في السفر (وحاجة الصغار **والاتهاب لهم**) لأنه يخاف هلاكهم من الجوع والعري وانفراد أحدهما بذلك إحياء للصغار، ولهذا يملكه كل من هو في يده (وردّ وديعة عين وقضاء دين) لأنه ليس من باب الولاية، وإنما هو من باب الإعانة، ألا ترى أن صاحب الحق يملكه إذا ظفر به بخلاف اقتضاء دين الميت لأنه رضي بأمانتهما جميعاً في القبض، ولأن فيه معنى المبادلة وعند اختلاف الجنس حقيقة المبادلة، وردّ المغصوب وردّ المبيع في البيع الفاسد

تلك المسألة الاختلاف، وإن كان أوصى كل واحد منهما إلى رجل على حدة قال: فكذلك في هذه المسألة اهـ غاية. **قوله: (فإذا ثبت أن الخلاف فيهما معاً)** أي إذا أوصى إليهما معاً أو على التعاقب اهـ من خط الشارح. **قوله: (فقال: في غير التجهيز وشراء الكفن)** قال الإتقاني: ومثل شراء الكفن لأنه ضروري لا يبتنى على الولاية، ألا ترى أن الأم تملكه ولهذا لو مات رجل في محلة قوم ومعه مال فكفنوه ودفنوه من ماله جاز وإن لم يكن لهم ولاية اهـ **قوله: (والاتهاب لهم)** لأن في التأخير خيفة الفوات ولأنه تملكه الأم والذي في

من هذا القبيل، وكذا حفظ المال كل ذلك ينفرد به أحدهما بدون صاحبه (وتنفيذ وصية معينة وعتق عبد عين) لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي (والخصومة في حقوق الميت) لأن الاجتماع فيه متعذر، ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين أيضاً، ومن أخواتها بيع ما يخشى عليه التوى من المال وجميع الأموال الضائعة لأن في التأخير خيفة الفوات فكان فيه ضرورة لا تخفى، ولأنه يملكه كل من هو في يده فلم يكن من باب الولاية، **ولو مات أحدهما** جعل القاضي مكانه وصياً آخر، أما عندهما فظاهر لأن الباقي منهما عاجز عن الانفراد بالتصرف فيضم القاضي إليه وصياً نظراً للميت عند عجز الميت، وأما عند أبي يوسف رحمه اللّه فلأن الحيّ منهما، وإن كان يقدر على التصرف فالموصي قصد أن يخلفه وصيان متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي آخر مكان الأول.

قال رحمه اللّه: (**ووصي الوصي وصي** التركتين) أي إذا مات الوصي وأوصى إلى غيره فهو وصي في تركته وتركة الميت الأول وقال الشافعي رحمه اللّه: لا يكون وصياً في تركة الميت الأول لأن الميت فوّض إليه التصرف، ولم يفوّض إليه الإيصاء إلى غيره فلا يملكه ولأنه رضي برأيه ولم يرض برأي غيره فصار كوصي الوكيل، فإنه يصير وصياً في مال الوكيل خاصة دون مال الموكل، ولأن العقد لا يقتضي مثله، ألا ترى أن الوكيل ليس له أن يوكل ولا للمضارب أن يضارب فكذا الوصي ليس له أن يوصي في مال الموصى إليه، **ولنا أن الوصي يتصرف بولاية منتقلة إليه** فيملك الإيصاء إلى غيره كالجدّ، ألا ترى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل إلى الوصي ولهذا

حجره فلم يكن من باب الولاية اهـ هداية. **قوله**: (**ولو مات أحدهما**) أي أو جن أو وجد ما يوجب عزله اهـ **قوله في المتن**: (**ووصي الوصي وصي**) قال الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا: إذ أوصى الوصي إلى الثاني في تركته وتركة الأوّل فالثاني وصيهما جميعاً، وأما إذا أوصى إلى الثاني ولم يذكر تركة الأوّل في قول علمائنا صار الثاني أيضاً وصيهما، وفي قول ابن أبي ليلى يكون للثاني خاصة ولا يكون وصياً للأوّل، فأما إذا أوصى إليه في تركته وتركة الأوّل جاز ذلك وهو طريق الاستحسان، وكان القياس أن لا يجوز لأن الوصي بمنزلة الوكيل، وليس للوكيل أن يوكل غيره ما لم يؤمر بذلك فكذلك ليس له أن يوصي في مال الأوّل إذا لم يؤمر، وفي الاستحسان يجوز لأن الأوّل لما أوصى إليه فقد علم أن الوصي لا يعيش أبداً، ولم يحب أن تكون أموره ضائعة فصار كأنه أذن له بأن يوصي إلى غيره بطريق الدلالة، وإن لم يأذن له بالإفصاح فلو كان أذن له بالإفصاح جاز له أن يوصي إلى غيره، فكذلك إذا أذن له بالدلالة بخلاف الوكالة لأن الوكالة لا تصح بعد الموت، وأما إذا أوصى. **قوله**: (**ولنا أن الوصي يتصرف بولاية منتقلة إليه**) أي من الميت بطريق الخلافة. **قوله**:

يقدّم على الجدّ، ولو لم تنتقل إليه لما تقدم عليه كالوكيل لما لم تنتقل إليه الولاية لا يتقدم على الجدّ بل يتقدم عليه الجدّ وينعزل هو بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقاً فإذا انتقلت إليه الولاية ملك الإيصاء فيه، والذي يوضح ذلك أن الولاية التي كانت للموصي **تنتقل إلى الجدّ في النفس** وإلى الوصية في المال ثم الجدّ قام مقام الأب فيما انتقل إليه حتى ملك الإيصاء فيه، فكذا الوصي وهذا لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه فيما له ولاية، وعند الموت **كانت له ولاية في التركتين** فينزل الثاني منزلته في التركتين، ولا نسلم أنه لم يرض برأي من أوصى إليه الوصي بل وجد ما يدل عليه لأنه لما استعان به في ذلك مع علمه أنه تعتريه المنية صار راضياً بإيصائه إلى غيره لا سيما على تقدير حصول الموت قبل تتميم مقصوده وهو تلافي ما فرّط فيه، بخلاف / [٢٨٦ ب/٣] الوكيل لأن الموكل حيّ يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلم توجد دلالة الرضا بالتفويض إلى غيره بتوكيل أو إيصاء.

قال رحمه الله: (وتصح قسمته عن الورثة مع الموصى له ولو عكس لا) أي **قسمة الوصي مع الموصى له عن الورثة جائزة** وعكسه لا يجوز، **وهو ما إذا قاسم الوصي الورثة عن الموصى له** لأن الوارث خليفة الميت حتى يردّ بالعيب ويردّ عليه به **ويصير مغروراً بشراء المورث** والوصي أيضاً خليفة الميت فيكون خصماً عن الوارث إذا كان غائباً فنفذت قسمته عليه حتى لو حضر الغائب، وقد هلك ما في يد الوصي ليس له أن يشارك الموصى له، أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لأنه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يردّ بالعيب ولا يردّ عليه به ولا يصير مغروراً بشراء الموصي فلا يكون خصماً عنه عند غيبته، حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصي كان له ثلث ما بقي، لأن القسمة لم تنفذ عليه غير أن الوصي لا يضمن لأنه أمين فيه وله

(تنتقل إلى الجد في النفس) حتى كان له تزويج الصغار والصغائر واستيفاء القصاص اهـ غاية. **قوله: (كانت له ولاية في التركتين)** مال نفسه الذي يتركه وتركة موصيه اهـ **قوله: (قسمة الوصي مع الموصى له عن الورثة جائزة)** أي إذا كانوا صغاراً أو كان بعضهم كبيراً غائباً اهـ غاية. **قوله: (وهو ما إذا قاسم الوصي الورثة عن الموصى له)** أي سواء كان صغيراً أو كبيراً حاضراً أو غائباً في العقار أو في العروض اهـ **قوله: (ويصير مغروراً بشراء المورث)** يعني لو اشترى رجل جارية ثم مات واستولدها وارثه ثم استحقت الجارية فإنه يتمكن من الرجوع على بائع الميت ويكون الولد حراً، ولو لم يكن هو خليفة الميت لما ثبتت له ولاية الرجوع على بائع الميت حتى لو باعها المورث من آخر والمسألة بحالها لا يتمكن من الرجوع على بائع بائعه لأنه ليس بخليفة عن بائعه حتى يكون غروره كغروره بخلاف

ولاية الحفظ في التركة، كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لأن الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة ولا فرق في ذلك بين أن تكون الورثة كباراً أو صغاراً لأن له ولاية البيع في مال الصغار، والقسمة في معنى البيع وله ولاية الحفظ في مال الكبار فجاز له بيعه للحفظ إلا العقار فإنه محفوظ بنفسه فلا يجوز له بيعه وهذا معنى البيع فلا يضمن.

قال رحمه اللّه: (**فلو قاسم الورثة** وأخذ نصيب الموصى له فضاع رجع بثلث ما بقي) أي لو قاسم الوصي الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع ذلك في يده رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا أن الموصى له شريك الورثة فيرجع الموصى له على ما في أيدي الورثة إن كان باقياً فيأخذ ثلثه لعدم صحة القسمة في حقه، وإن هلك في أيديهم فله أن يضمنهم قدر ثلث ما قبضوا، وإن شاء ضمن الوصي ذلك القدر لأنه متعدّ فيه بالدفع إليهم والورثة بالقبض فيضمن أيهما شاء.

قال رحمه اللّه: (**وإن أوصى الميت بحجة** فقاسم الورثة فهلك ما في يده أو دفع إلى من يحج عنه فضاع في يده حج عن الميت بثلث ما بقي) أي إذا أوصى بأن يحج عنه فقاسم الوصي الورثة فهلك ما في يد الوصي يحج عن الميت بثلث ما بقي، وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاع ما دفع إليه يحج عنه بثلث الباقي، وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه وقال أبو يوسف رحمه اللّه: إن كان المفرز مستغرقاً للثلث بطلت الوصية ولم يحج عنه، وإن لم يكن مستغرقاً للثلث يحج عنه بما بقي من

الوارث مع مورثه اهـ كاكي. **قوله في المتن: (فلو قاسم الورثة إلخ)** قال في الهداية: ومن أوصى بثلث ألف درهم فدفعها الورثة إلى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة، قال الإتقاني: وإنما جازت قسمة القاضي لأنه نصب ناظراً لأمور المسلمين خصوصاً في حق الأموات والغيب لعجزهم عن التصرف بأنفسهم، ومن النظر أن يفرز نصيب الغائب فإن هلك نصيبه في يد القاضي ليس له أن يرجع على الورثة بشيء والفرق بين القاضي حيث جازت مقاسمته على الموصى له وبين الوصي حيث لا تجوز مقاسمته على الموصى له أن للقاضي ولاية على الغائب فيما ينفعه، ولهذا يملك بيع ما يخشى عليه التلف فكان قسمته كقسمة الموصى له، والوصي لا يملك بيع شيء من مال الموصى له فلم يكن له ولاية عليه أصلاً فلم تنفذ قسمته اهـ **قوله في المتن: (وإن أوصى الميت بحجة إلخ)** قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي: وعلى هذا الخلاف لو قال: أعتقوا عني نسمة بمائة درهم فاشتروها فمات قبل أن تعتق كان عليهم أن يعتقوا من ثلث ما بقي في أيديهم في قول أبي حنيفة، وفي قول أبي يوسف مما بقي من ثلث ماله في أيديهم، وفي قول محمد

الثلث إلى تمام ثلث الجميع، وقال محمد رحمه الله: لا يحج عنه بشيء وقد قررناه في المناسك.

قال رحمه الله: (**وصح قسمة القاضي** وأخذه حظ الموصى له إن غاب) أي إن غاب الموصى له لأن الوصية صحيحة وإن كان قبل القبول، ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثاً لورثته والقاضي ناظر في حق العاجز، وإفراز نصيب الغائب وقبضه من النظر فنفذ ذلك عليه، وصح حتى لو حضر الغائب، وقد هلك المقبوض في يد القاضي أو أمينه لم يكن على الورثة سبيل ولا على القاضي، وهذا في المكيل والموزون لأنه إفراز ومعنى المبادلة فيه تابع حتى جاز أخذه لأحد الشريكين من غير قضاء ولا رضاء، وكذا يجوز بيع نصيبه مرابحة، وأما ما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لأن القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغير لا يجوز فكذا القسمة.

قال رحمه الله: (وبيع الوصي عبداً من التركة بغيبة الغرماء) أي صح بيع الوصي عبداً لأجل الغرماء لأن الوصي قائم مقام الموصي ولو تولاه بنفسه/ [٢٨٧ /١ ٣] حال حياته يجوز بيعه، وإن كان مريضاً مرض الموت بغير محضر من الغرماء فكذا الوصي لقيامه مقامه، وهذا لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المأذون له في التجارة، حيث لا يجوز للمولى بيعه **لأن لغرمائه حق الاستسعاء** بخلاف ما نحن فيه.

قال رحمه الله: (وضمن الوصي إن باع عبداً أوصى ببيعه وتصدّق بثمنه إن استحق العبد بعد هلاك ثمنه عنده) معناه إذا أوصى ببيع عبده والتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع الثمن في يده وهو المراد بالهلاك

بطلت الوصية اهـ غاية. **قوله في المتن: (وصح قسمة القاضي إلخ)** قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير، وذكر في السير الكبير أن القاضي لو ميز الثلث من الثلثين ولم يدفع إلى واحد من الفريقين شيئاً حتى هلك أحد النصيبين هلك من الجملة، وإنما تصح قسمة القاضي إذا دفع إلى أحد الفريقين نصيبه، فأما إذ لم يدفع إلى أحد الفريقين نصيبه لم تتكامل القسمة لأن القسمة ينبغي أن تكون بينه وبين الآخر، ولا يصلح هو أن يكون بنفسه مقاسماً ومقاسماً اهـ غاية. وكتب ما نصه: قال العتابي في شرح الجامع الصغير: والوصية للغائب صحيحة لأن قبوله ليس بشرط اهـ إتقاني. **قوله: (صح بيع الوصي عبداً لأجل الغرماء)** صورته محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يموت ويترك عبداً وعليه دين يحيط بماله فيبيع الوصي العبد بغير محضر من الغرماء، قال: بيعه جائز وأراد بذلك الدين على الميت لا على العبد اهـ غاية. **قوله: (لأن لغرمائه حق الاستسعاء)** حتى يأخذوا كسبه اهـ. وكتب ما نصه: فيكون البيع مبطلاً لحقهم فلهم أن يبطلوا البيع اهـ غاية. **قوله:**

المذكور في المختصر، ثم استحق العبد بعد ذلك ضمن الوصي الثمن للمشتري لأنه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة، لأن المشتري منه لم يرض ببذل الثمن إلا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ البائع وهو الوصي مال الغير بغير رضاه فيجب عليه ردّه.

قال رحمه اللّه: (ويرجع في تركة الميت) **لأنه عامل له** فيرجع به عليه كالوكيل وكان أبو حنيفة رحمه اللّه تعالى يقول: أوّلاً لا يرجع الوصي على أحد لأنه تبين بطلان الوصية باستحقاق العبد فلم يكن عاملاً للورثة فلا يرجع عليهم بشيء ثم رجع إلى ما ذكر هنا ويرجع في جميع التركة، وعن محمد رحمه اللّه أنه يرجع في الثلث لأن الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها ومحل الوصية الثلث، ونحن لا نسلم أنه يرجع عليه بحكم الوصية **بل بحكم الغرور** وذلك دين عليه والدين يقضي من جميع التركة بخلاف القاضي أو أمينه إذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه، لأن في إلزامها القاضي تعطيل القضاء لأنه يمتنع عن التقلد بهذه الأمانة خشية لزوم الضمان فتتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي، لأنه بمنزلة الوكيل وقد مر في آخر كتاب القضاء وإن كانت التركة قد هلكت أو لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما في سائر ديون الميت، وفي المنتقى لا يرجع الوصي في مال الميت بشيء وإنما يرجع على المساكين الذين تصدّق عليهم بالثمن لأن غنمه لهم فكان غرمه عليهم.

قال رحمه اللّه: (وفي مال الطفل إن باع عبده واستحق وهلك الثمن في يده) أي إذا باع الوصي مال الصغير وقبض الثمن فهلك في يده واستحق المال المبيع رجع في مال الصغير لأنه عامل له.

قال رحمه اللّه: (وهو على الورثة في حصته) أي الصبي يرجع على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه.

قال رحمه اللّه: (وصح احتياله بماله لو خيراً له) أي يجوز احتيال الوصي بمال اليتيم إذا كان فيه خير بأن يكون الثاني أملأ إذ الولاية نظرية، وإن كان الأول أملأ لا يجوز لأن فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه وهو على تقدير أن يحكم بسقوطه حاكم يرى سقوط الدين إذا مات الثاني مفلساً أو جحد الحوالة ولم يكن له عليه بينة ولا يرى رجوع الدين على الأوّل.

قال رحمه اللّه: (وبيعه وشراؤه بما يتغابن) أي يجوز بيع الوصي أو شراؤه بما يتغابن الناس في مثله ولا يجوز بما لا يتغابن الناس لأن الولاية نظرية ولا نظر في الغبن

(لأنه عامل له) أي في تنفيذ وصيته اهـ **قوله: (بل بحكم الغرور)** لأن الميت لما أمر ببيع هذا

الفاحش، بخلاف اليسير لأنه لا يمكن التحرّز عنه ففي اعتباره انسداد بابه بخلاف العبد والصبي المأذون لهما في التجارة والمكاتب حيث يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رضي اللّه عنه، لأنهم يتصرفون بحكم المالكية والإذن فك الحجر والوصي يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظراً فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لأن التصرف بالغبن الفاحش تبرع وهو ليس من أهله ولا ضرورة إليه، وهذا إذا تبايع الوصي للصغير مع الأجنبي، وأما إذا اشترى / [٢٨٧ ب/٣] شيئاً من مال اليتيم لنفسه أو باع شيئاً منه من نفسه جاز عند أبي حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهما اللّه إذا كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة، وتفسيره أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير أو يشتري ما يساوي خمسة عشر بعشرة للصغير من نفسه، وأما إذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم فلا يجوز، وعلى قول محمد رحمه اللّه وأظهر الروايات عن أبي يوسف رحمه اللّه أنه لا يجوز على كل حال هذا في وصي الأب، وأما وصي القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال لأنه وكيله، وللأب أن يشتري شيئاً من مال الصغير لنفسه إذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بأن كان بمثل القيمة أو بغبن يسير، وقال المتأخرون من أصحابنا: لا يجوز للوصي بيع عقار الصغير إلا أن يكون على الميت دين أو **يرغب المشتري فيه بضعف الثمن أو يكون للصغير حاجة إلى الثمن**، قال الصدر الشهيد رحمه اللّه: وبه يفتى.

قال رحمه اللّه: (وبيعه على الكبير في غير العقار) أي بيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار لأن الأب يلي ما سوى العقار ولا يليه فكذا وصيه لأنه يقوم مقامه، وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً ولا الأب كما لا يملكه على الكبير الحاضر إلا أنه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحساناً فيما يتسارع إليه الفساد لأن حفظ ثمنه أيسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه، وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه إلى البيع، ولو كان عليه دين باع العقار ثم إن كان الدين مستغرقاً باع كله بالإجماع، وإن لم يكن مستغرقاً باع بقدر الدين عندهما لعدم الحاجة إلى أكثر من ذلك، وعند أبي حنيفة رضي اللّه عنه جاز له بيعه كله لأنه يبيعه بحكم الولاية، فإذا ثبتت في البعض ثبتت في الكل لأنها لا تتجزأ ولو خيف هلاكه يملك بيعه لأنه تعين حفظاً كالمنقول، والأصح أنه لا يملك لأنه نادر.

العبد والتصدق بثمنه كأنه قال: إن هذا العبد ملكي اهـ قوله: **(أو يرغب المشتري فيه بضعف الثمن)** المراد بالثمن القيمة اهـ قوله: **(أو يكون للصغير حاجة إلى الثمن)** هذا حكم الوصي، وأما الأب إذا باع عقار الصغير بمثل القيمة فإن كان الأب محموداً عند الناس أو مستوراً يجوز حتى لو بلغ الابن لم ينقض البيع، وإن كان الأب فاسقاً لا يجوز البيع حتى لو بلغ

قال رحمه اللّه: (**ولا يتجر في ماله**) أي الوصي لا يتجر في مال اليتيم، لأن

الإبن له نقض البيع وهو المختار اهـ كاكي. **قوله في المتن**: (**ولا يتجر في ماله**) أي لنفسه، أما إذا اتجر للصغير يجوز، قال قاضيخان: يتجر بمال اليتيم لليتيم ولا بد من حمله على هذا توفيقاً بينه وبين قولهم: يضارب في ماله ويدفعه مضاربة، وقد صرح الشارح في الرهن بأن الوصي لو رهن مال اليتيم عند أجنبي بتجارة باشرها لليتيم صح لأن الأصلح له التجارة تثميراً لماله اهـ وفيه تأييد لما قلنا اهـ وكتب ما نصه وفي فصول الإستروشني نقلاً عن المبسوط أن للوصي أن يتجر في مال الصغير، وكذا في الكافي والهداية في كتاب الرهن، وفي فتاوى قاضيخان لا يجوز للوصي أن يتجر لنفسه بمال اليتيم أو الميت، فإن فعل وربح يضمن رأس المال ويتصدق بالربح في قول أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف يسلم له الربح ولا يتصدق بشيء وله أخذه مضاربة اهـ وكتب ما نصه قال العمادي: ذكر في باب المصرّاة من بيوع شرح الطحاوي أن الولاية في مال الصغير إلى الأب ووصيه ثم إلى وصي وصيه، فإن مات الأب ولم يوص إلى أحد فالولاية إلى أب الأب ثم إلى وصي وصيه فإن لم يكن، فالقاضي ومن نصبه القاضي ولهؤلاء كلهم ولاية التجارة بالمعروف في مال الصغير والصغيرة ولهم ولاية الإجارة في النفس والمال جميعاً، ثم قال العمادي: نقلاً عن المبسوط وللوصي أن يتجر في مال اليتيم وأن يدفعه مضاربة وأن يعمل به مضاربة وأن يبضع ويشارك، وإذا لم يشهد الوصي على نفسه أنه يعمل به مضاربة كان ما اشترى كله للورثة لأنه يدعي استحقاق بعض الربح من مال الورثة لنفسه، ولا يستحق ذلك إلا بالشرط فما لم يثبت ذلك عند القاضي لا يعطي له شيء من الربح اهـ وقال قاضيخان: وللوصي أن يودع مال اليتيم ويبضع ويتجر بمال اليتيم ويدفع مضاربة وله أن يفعل ما كان خيراً لليتيم وكذا الأب اهـ وفي الخلاصة وللوصي أن يدفع مال الصبي مضاربة وبضاعة وأن يشارك به غيره، وفي المنتقى الوصي يأخذ مال اليتيم مضاربة اهـ وقال في الوقاية والنقاية: ويدفع ماله أي الوصي مال الصغير مضاربة وشركة وبضاعة ويحتال على الأملياء لا على الأعسر ولا يقرض ويبيع على الكبير الغائب إلا العقار ولا يتجر في ماله انتهت عبارة الوقاية والنقاية، والظاهر أن الضمير في ماله راجع للكبير لقربه، ولكن قال الشيخ تقي الدين الشمني رحمه اللّه: أي مال الصغير وهو في هذا تابع للفخر الزيلعي رحمه اللّه اهـ وفي الهداية وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار لأن الأب يلي ما سواه، ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضاً لأنه لا يملكه على الكبير إلا أنا استحسناه لما أنه حفظ لتسارع الفساد إليه وحفظ الثمن أيسر، وهو يملك الحفظ، أما العقار فمحصن بنفسه قال: ولا يتجر في المال لأن المفوّض إليه الحفظ دون التجارة اهـ وظاهر السياق كما ترى يقتضي أن يكون قوله: ولا يتجر في المال راجعاً إلى مال الكبير، وقد أفصح بذلك الشيخ قوام الدين الإتقاني رحمه اللّه فقال في شرحه: قوله: قال: وبيع

المفوّض إليه الحفظ دون التجارة ووصى الأخ أو العم أو الأمّ **في مال تركها** ميراثاً

الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار أي، قال في الجامع الصغير: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يموت ويوصي إلى رجل ويترك ابناً غائباً، قال كل شيء صنعه الوصي فهو جائز إلا أنه لا يبيع العقار ولا يتجرفي المال وذلك لأن الوصي قائم مقام الأب والأب لا يملك بيع العقار على ولده الكبير فكذلك من انتقلت إليه ولاية الأب وهو الوصي وإنما يملك بيع العروض على الكبير الغائب، والقياس أن لا يملكه لأن لأب لا يملك بيع العروض على ولده الكبير فكذلك وصيه، وجه الاستحسان أن الوصي مأمور بحفظ التركة حتى لو ظهر عليه دين يقضي من ذلك ويبيع المنقول من باب الحفظ لأن المنقول مما يخشى عليه التلف، وقد يكون حفظ الثمن أيسر بخلاف العقار فإنه محصن بنفسه محفوظ لا يخشى عليه التلف، ومن أراد تحصين ماله وحفظه صرفه في شراء العقار والعروض يسرع إليها التلف وحفظ بدلها من الدراهم والدنانير أيسر وأبعد من التوى والتلف والفساد، وقالوا: لو خيف هلاك العقار أو هلاك بنائه يملك الوصي بيعه أيضاً على الكبير الغائب لأن البيع في هذه الحالة يكون حفظاً، ولا يتجر الوصي على الكبير الغائب في ماله لأن التجارة يبتغي بها الربح دون الحفظ فلا يملك اهـ وفي شرح تاج الشريعة ما يخالفه قال عند قول صاحب الهداية: ولا يتجر في المال أي في مال الصغير هكذا في الأوضح اهـ ويجب أن يحمل هذا كما تقدم على ما إذا اتجر لنفسه بمال اليتيم، وقد قال في الهداية في باب الرهن: وإن استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعاً لليتيم جاز، ثم قال: وكذا لو اتجر لليتيم فارتهن أو رهن لأن الأولى له التجارة تثمير المال اليتيم فلا يجد بداً من الارتهان والرهن لأنه إيفاء واستيفاء اهـ وفي الكافي في باب الرهن مثله اهـ قال الإتقاني: يعني إذا اتجر الوصي لأجل اليتيم فباع متاعه فأخذ رهناً أو اشترى لأجل اليتيم فرهن متاع اليتيم جاز لأن الأفضل للوصي أن يتجر لأجل اليتيم تثميراً لماله والتجارة بيع وشراء فلا بد من الارتهان والرهن للاستيفاء والإيفاء اهـ قال في شرح الجامع الصغير للإمام برهان الأئمة عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازه المعروف بالحسام الشهيد ما نصه: وبيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا العقار، وكذلك لا يملك التجارة في ماله لأنه قائم مقام الموصي والموصى وهو الأب لا يملك بيع مال الكبير الغائب إلا بطريق الحفظ نظراً له فكذلك الوصي، وبيع المنقول من باب الحفظ وكذلك النفقة والإجارة، وأما التجارة من باب الولاية وبيع العقار ليس من الحفظ لأنه محفوظ بنفسه ولو خيف هلاك العقار أو هلاك بناء العقار هل يملك بيعه لو قيل: يملك بيعه لا يبعد، لأن البيع في هذه الحالة من جملة الحفظ اهـ وقد وقفت على نسخة من الكنز محشاة بخط العلامة جلال الدين التباني، وكتب تحت قوله: في ماله أي في مال الكبير الغائب وجعل رابطة تحت الضمير في قوله: في ماله راجعة للكبير والله الموفق اهـ **قوله: (في مال تركه)** الذي بخط الشارح في مال تركها اهـ.

للصغير بمنزلة وصي الأب الكبير الغائب لأن الوصي قائم مقام الموصي، وكان للموصي أن يتصرف في مال نفسه فكذا الوصية أن يبيعه للحفظ، بخلاف مال آخر للصغير غير ما تركه الموصي حيث لا يملك الوصي بيعه، لأن الوصي قائم مقام الموصي وليس لواحد من هؤلاء التصرف في مال الصغير فكذا الوصي بخلاف وصي الأب أو الجدّ أب الأب، حيث يكون له ولاية التصرف في مال الصغير مطلقاً من غير تقييد بما تركه ميراثاً له لأنه قائم مقام الموصي وللأب أو الجدّ التصرف في جميع ماله فكذا لوصيه.

قال رحمه اللّه: (ووصي الأب أحق بمال الطفل من الجد) وقال الشافعي رحمه اللّه: الجد أحق لأن الشرع أقامه مقام الأب عند عدمه حتى أحرز ميراثه فيتقدم على وصيه ولنا أن ولاية الأب تنتقل إليه بالإيصاء فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالأب نفسه وهذا لأن اختياره الوصي مع علمه بوجود الجدّ يدل على أن تصرفه أنظر لأولاده من تصرف الجد.

قال رحمه اللّه: (فإن لم يوص الأب فالجد كالأب) لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه، حتى ملك الإنكاح دون الوصي غير أنه إن أوصى الأب يقدم عليه الوصي في التصرف في المال لما بينا دون غيره، وإن لم يوص يبقى على حاله.

فصل في الشهادة

قال رحمه اللّه: (شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى زيد معهما لغت) أي بطلت الشهادة لأنهما يجرّان نفعاً لأنفسهما بإثبات المعين لهما فتردّ للتهمة فإذا ردّت ضم القاضي إليهما ثالثاً لأن في / ضمن شهادتهما إقراراً منهما بوصي آخر معهما [٢٨٨/أ ٣] للميت وإقرارهما حجة على أنفسهما، فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار في حقهما بمنزلة ما لو مات أحد الأوصياء الثلاثة وجاز ذلك للقاضي مع وجود الوصي لامتناع تصرفهما بدونه فصار كأنه مات ولم يوص إلى أحد فيضم إليهما ثالثاً ليمكنهم التصرف.

قال رحمه اللّه: (إلا أن يدعي زيد) أي يدعي أنه وصى معهما فحينئذٍ تقبل شهادتهما وهذا استحسان، والقياس أن لا تقبل كالأوّل وجه الاستحسان أنه يجب على القاضي أن يضم إليهما ثالثاً على ما بينا آنفاً فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصياً معهما بنصب القاضي إياه كما إذا مات ولم يترك وصياً فإنه ينصب وصياً ابتداء فهذا أولى.

قال رحمه اللّه: (وكذا الابنان) أي إذا شهد الابنان بأن أباهما أوصى إلى رجل

وهو ينكر لا تقبل شهادتهما لأنهما يجرّان نفعاً إلى أنفسهما بنصب حافظ للتركة فكانا متهمين فلا تقبل شهادتهما لقول شريح رضي اللّه عنه لا أقبل شهادة خصم ولا مريب أي متهم، وإذا ادَّعى المشهود له الوصاية يقبل استحساناً على أنه نصب وصي ابتداء على ما ذكرنا في شهادة الوصيين بذلك، بخلاف ما إذا شهدا أن أباهما وكل هذا الرجل بقبض ديونه بالكوفة حيث لا تقبل سواء ادّعى الرجل الوكالة أو لم يدع لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الحي بطلبهما ذلك بخلاف الوصية.

قال رحمه اللّه: (وكذا لو شهدا لوارث صغير بمال) أي لو شهد الوصيان لوارث صغير بمال فشهادتهما باطلة لأنهما يثبتان ولاية التصرف لأنفسهما في ذلك المال فصارا متهمين أو خصمين.

قال رحمه اللّه: (أو لكبير بمال الميت) أي لو شهد الوصيان لوارث كبير بمال الميت لا تقبل شهادتهما أيضاً لأنهما يثبتان ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول لأنفسهما **عند غيبة الوارث** بخلاف شهادتهما للكبير في غير التركة لانقطاع ولايتهما عنه، لأن الميت أقامهما مقام نفسه في تركته لا في غيرها، بخلاف ما إذا كان الوارث صغيراً والموصي أباً حيث لا تقبل شهادتهما في الكل لأن لوصي الأب التصرف في مال الصغير جميعه فيكونان متهمين، فهذا لم يقيده بالمال الموروث منه في حق الصغير وقيده به في الكبير وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: إذا شهد الوارث كبير يجوز في وجهين أي فيما تركه الموصي وغيره، لأن ولاية التصرف لا تثبت لهما في مال الميت إذا كانت الورثة كباراً فعريت عن التهمة بخلاف ما إذا كان صغيراً على ما بينا والحجة عليهما ما بينا.

قال رحمه اللّه: (ولو شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للأوّلين بمثله تقبل وإن كانت شهادة كل فريق بوصية ألف لا) وهذا عند محمد رحمه اللّه، وقال أبو يوسف: لا تقبل في الدين أيضاً، ويروى أبو حنيفة مع محمد رحمهما اللّه ويروى مع أبي يوسف عن مثل قول محمد، وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما اللّه تعالى أنهم إذا جاؤوا معاً وشهدوا فالشهادة باطلة، وإن شهد اثنان لاثنين فقبلت شهادتهما ثم ادّعى الشاهدان بعد ذلك على الميت بألف درهم فشهد لهما الغريمان الأوّلان تقبل، وجه قول محمد رحمه اللّه أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة فيه إذا لم يجب بسبب واحد، ولهذا يختص

فصل في الشهادة

قوله: (**عند غيبة الوارث**) إذ حفظ مال اليتيم إليهما في حق الكبير إذا غاب ويتوهم

أحدهما بما قبض ولا يكون للآخر حق المشاركة ولا ينتقل بالموت من الذمة إلى التركة، **ألا ترى أن التركة لو هلكت** لا يسقط الدين وأن للوارث أن يستخلص التركة بقضاء الدين من محل/ آخر فلا تتمكن الشركة بينهم فصار كما إذا شهد الفريقان [٢٨٨ ب/٣] في حال حياته بخلاف الوصية، فإن حق الموصى له يتعلق بعين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك التركة، وليس للوارث أن يستخلص التركة ويعطيه من محل آخر، ولو قبض أحد الفريقين شيئاً كان للفريق الآخر حق المشاركة فكان كل فريق مثبتاً لنفسه حق المشاركة في التركة، فلا تصح شهادتهما ولأبي يوسف رحمه الله أن الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة، ولهذا لا يثبت الملك فيه للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها إذا كانت مستغرقة بالدين فشهادة كل فريق تلاقي محلاً مشتركاً فصار نظير مسألة الوصية فلا تقبل بخلاف الشهادة في حالة الحياة لأن الدين في ذمته ببقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة، وجه رواية الحسن أنهما إذا جاءا معاً كان ذلك بمعنى المعاوضة فتتفاحش التهمة فتردّ، بخلاف ما إذا كانا على التعاقب لأن الأوّل قد مضى وثبت به الحق بلا تهمة والثاني لا يزاحمه الأوّل عند صدوره فصار كالأوّل، والوصية بجزء شائع كالوصية بالدراهم المرسلة فيما ذكرنا من الأحكام حتى لا تقبل فيها شهادة الفريقين لأنها تثبت الشركة، ولو شهد رجلان أنه أوصى لرجلين بعين كالعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله أو بالدراهم المرسلة فهي باطلة، لأن الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة بخلاف ما إذا شهد رجلان لرجلين أنه أوصى لهما بعين وشهد المشهود لهما للشاهدين الأوّلين أنه أوصى لهما بعين آخر حيث تقبل الشهادتان لأنه لا شركة فلا تهمة، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وصلى الله على سيدنا محمد النبي الأوّاب.

عود الولاية بالجنون فكانا متهمين اهـ كافي. **قوله: (ألا ترى أن التركة لو هلكت إلخ)** وفي فتاوى رشيد الدين إذا كانت التركة مستغرقة بالدين فأراد الوارث استخلاص التركة، ونقد المال يجبر رب الدين على القبول لأن عند استغراق التركة بالدين وإن كان لا ملك لهم، ولكن لهم حق استخلص التركة، أما لو قالوا: نحن نؤدّي الدين ولم يكن المال نقداً كان للقاضي أن يبيع التركة ويقضي حق الغرماء، والأجنبي لو نقد الدين لا يجبر رب الدين على القبول، لأنه ليس له ولاية استخلاص التركة بخلاف الورثة والدين إذا كان زئداً على التركة فللورثة ولاية استخلاص التركة بأداء جميع الدين لا بقدر التركة كالعبد الجاني إذا فداه المولى فداه بأرشه اهـ فصول العمادي.

كتاب الخنثى

قال رحمه الله: (**هو من له فرج وذكر**) أي الخنثى من له فرج المرأة وذكر الرجل **ويلحق به من عري عن الآلتين جميعاً** وهو في اللغة يدل على التكسر واللين ومنه يقال: تخنث في كلامه إذا لان وتكسر، اعلم أن الله تعالى خلق البشر ذكراً وأنثى، كما قال تعالى: ﴿وبث منهما رجالاً كثيراً ونساء﴾ [النساء:١]، وقال عز وجل: ﴿يهب لمن يشاء إناثاً ويهب لمن يشاء الذكور﴾ [الشورى:٤٩]، وقد بين حكم كل واحد منهما ولم يبين حكم من هو ذكر وأنثى فدل أنه لا يجتمع الوصفان في شخص واحد فكيف يجتمعان وهم متضادّان، وقد جعل علامة التمييز بينهما الآلة ثم قد يقع الاشتباه بأن يوجد الآلتان ولا يوجد التمييز.

قال رحمه الله: (**فإن بال من الذكر فغلام، وإن بال من الفرج فأنثى**) لأنه عليه الصلاة والسلام سئل عنه كيف يورّث فقال: «من حيث يبول»[1]، وعن علي رضي الله عنه مثله، **وروي أن قاضياً** من العرب في الجاهلية رفع إليه هذه الواقعة فجعل يقول: هو رجل وامرأة فاستبعد قومه ذلك فتحير ودخل بيته فجعل يتقلب على فراشه ولا يأخذه النوم لتحيره وكانت له بنية تغمز رجليه فسألته عن تفكره فأخبرها بذلك فقالت: دع المحال واتبع الحكم المبال، فخرج إلى قومه فحكى لهم ذلك فاستحسنوه فعرف بذلك أن هذا الحكم كان في الجاهلية فأقرّه الشرع ولأن البول من أيّ عضو كان فهو دليل على أنه هو العضو الأصلي الصحيح والآخر بمنزلة العيب،

كتاب الخنثى

قوله في المتن: (هو) الذي بخط الشارح هي اهـ **قوله**: (**ويلحق به من عرى عن الآلتين جميعاً**) قال الإتقاني: وقد يقع الاشتباه بعدم آلة التمييز أصلاً بأن يولد ولد ليس له آلة الذكر ولا آلة الأنثى، وهذا أبلغ وجهي الاشتباه، ولهذا بدأ محمد رحمه الله كتاب الخنثى به اهـ وروي عن الشعبي أنه سئل عن مولود ولد ليس بذكر ولا أنثى وليس له ما للأنثى، وليس له ما للذكر يخرج من سرته كهيئة البول الغليظ فسئل عن ميراثه فقال عامر: له نصف حظ الأنثى ونصف حظ الذكر، **قال محمد**: وهذا عندنا. **قوله**: (**وروى أن قاضياً**) هو

---

(١) ذكره ابن عدي، في الكامل (٣/٢٤٥)، والزيلعي في نصب الراية (٤/٤١٧) واللفظ له، وأخرج الدارمي بنحوه موقوفاً على عليّ: قال في الخنثى: قال: «يورث من قبل مباله» في الفرائض ٢٩٧٠)

وذلك إنما يقع به الفصل عند الولادة لأن منفعة تلك الآلة خروج البول منها وذلك عند انفصاله من أمّه وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعده فعلم بذلك أنه هو الأصلي.

قال رحمه اللّه: (وإن بال منهما فالحكم للأسبق) لأنه دليل على أنه هو العضو الأصلي ولأنه كما خرج البول حكم بموجبه لأنه علامة/ تامة فلا يتغير بعد ذلك بخروج البول من الآلة الأخرى. [٢٨٩/أ/٣]

قال رحمه اللّه: (فإن استويا) أي في السبق (فمشكل) لعدم المرجح.

قال رحمه اللّه: (ولا عبرة بالكثرة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه اللّه، وقالا رحمهما اللّه: ينسب إلى أكثرهما بولاً لأنه يدل على أنه العضو الأصلي، ولأن للأكثر حكم الكل في أصول الشرع فيترجح بالكثرة، وله أن كثرة ما يخرج ليس بدليل على القوة لأن ذلك لاتساع المخرج وضيقه لا لأنه هو العضو الأصلي، ولأن نفس الخروج دليل بنفسه فالكثرة من جنسه لا يقع به الترجيح عند المعارضة كالشاهدين والأربعة، وقد استقبح أبو حنيفة رضي اللّه عنه اعتبار ذلك **فقال**: وهل رأيت قاضياً يكيل البول بالأواقي.

قال رحمه اللّه: (فإن بلغ وخرجت له لحية أو وصل إلى النساء فرجل وكذا إذا احتلم من الذكر) لأن هذه من علامات الذكر.

قال رحمه اله: (وإن ظهر له ثدي أو لبن أو حاض أو حبل أو أمكن وطؤه فامرأة) لأن هذه علامات النساء.

قال رحمه اللّه: (وإن لم يظهر له علامة أو تعارضت فمشكل) لعدم ما يوجب الترجيح، وعن الحسن رضي اللّه عنه أنه عنه أنه تعدّ أضلاعه فإن ضلع الرجل يزيد على ضلع المرأة بواحد.

قال رحمه اللّه: (فيقف بين صف الرجال والنساء) لأنه يحتمل أن يكون ذكراً ويحتمل أن يكون أنثى فإن كان ذكراً تفسد صلاته بالوقوف في صف النساء، وتبطل صلاة من يحاذيه إن كان أنثى فلا يتخلل الرجال ولا النساء، وإن وقف في صف النساء فإن كان بالغاً يعيد صلاته حتماً، وإن كان مراهقاً يستحب له أن يعيد والأصل في أحكامه أن يؤخذ بالأحوط فالأحوط ويعيد الذي عن يمينه ويساره والذي خلفه

عامر بن الظرب العدواني(١) والقائلة له أمته خصيلة اهـ مغرب. **قوله: (فقال:)** أي لأبي

---

(١) عامر بن الظرب بن عمرو بن عياذ العدواني، حكيم، خطيب، رئيس من الجاهليين، كان إمام مضر وحكمها وفارسها وممن حرم الخمر في الجاهلية. انظر الأعلام (٣/٢٥٢).

الصلاة احتياطاً لاحتمال أنه امرأة،ويستحب أن يصلي بقناع لاحتمال أنه امرأة، **ولو كان بالغاً حراً يجب عليه ذلك** ويجلس في صلاته جلوس المرأة لأنه إن كان رجلاً فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة، وإن كان مرأة فقد ارتكب مكروهاً بجلوسه جلوس الرجال.

قال رحمه اللّه: (وتبتاع له أمة تختنه) يعني بماله لأنه يجوز لمملوكته النظر إليه مطلقاً إن كان ذكراً، وللضرورة إن كان أنثى ويكره أن يختنه رجل لاحتمال أنه أنثى، أو امرأة لاحتمال أنه ذكر فكان الاحتياط فيما ذكرنا أنه لا يحرم على تقدير أن يكون ذكراً وعلى تقدير أن يكون أنثى لأن في الجنس نظر الجنس أخف.

قال رحمه اللّه: (وإن لم يكن له مال فمن بيت المال ثم تباع) لأن بيت المال أعدّ لنوائب المسلمين فتدخل في ملكه بقدر الحاجة وهي حاجة الختان فإذا ختنته تباع ويردّ ثمنها إلى بيت المال، **ولو زوّج امرأة فختنته** ثم طلقها جاز لأنه إن كان ذكراً صح النكاح، وإن كان أنثى فنظر الجنس أخف ثم يفرّق بينهما لاحتمال أنه أنثى فلا نكاح بينهما وتطلق لاحتمال أنه ذكر فيصح النكاح بينهما فتحصل الفرقة، ثم تعتد إن خلا بها احتياطاً ويكره له لبس الحرير والحلي وأن ينكشف قدّام الرجال أو قدام النساء وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة وأن يسافر من غير محرم أو مع امرأة من محارمه لاحتمال أنه امرأة فيكون سفر امرأتين بلا محرم، كل ذلك احتراز عن ارتكاب المحرّم، وإن أحرم وهو مراهق قال أبو يوسف رحمه اللّه: لا علم لي في لباسه **لأنه إن كان ذكراً يكره له** لبس المخيط، وإن كان أنثى يكره له تركه، وقال محمد

يوسف حين أخبره بجوابه اهـ **قوله: (ولو كان بالغاً حراً يجب عليه ذلك)** قال بعضهم: في هذا المقام لا يتصوّر بقاؤه مشكلاً بعد البلوغ قلت: هذا كلام بلا فكر لأنه بعد البلوغ، إذا لم تظهر إحدى العلامات أو تعارضت كان مشكلاً وبه صرح القدوري وصاحب الهداية قبيل هذا الفصل اهـ إتقاني قوله: قبيل هذا الفصل يعني به الفصل الذي عقده في الهداية لأحكام الخنثى اهـ **قوله: (ولو زوّج امرأة فختنته إلخ)** قال الطحاوي في مختصره: وسمعت ابن أبي عمران يقول: القياس عندي في الخنثى إذا احتاج إلى الختان أن يزوّجه الإمام امرأة، فإن كان ذكراً كانت زوجته وختنته، وإن كان أنثى كان مباحاً لها ذلك قال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي: ما حكاه أبو جعفر عن أصحابنا هو أصح من ذلك أي أصح مما ذكره ابن أبي عمران[1] قال: لأنا إن زوّجناه كان عقد النكاح مشكوكاً فيه، فإن صح كانت المرأة معلقة لا يمكنها الخلاص منه ولا يتيقن أيضاً وجوب المهر بالعقد ولا وجوب الميراث إن مات وهو مشكل، ولا يدري هل تلزمه نفقة أم لا اهـ إتقاني. **قوله: (لأنه إن كان**

---

(١) أحمد بن أبي عمران كما ذكره صاحب الجواهر المضية (٥ / ٣٤٠).

رحمه الله: يلبس لباس المرأة لأن ترك لبس المخيط وهو امرأة أفحش من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لأنه صغير لم يبلغ، ولو حلف بطلاق أو عتاق إن كان أوّل ولد تلديه غلاماً فولدت خنثى لم يقع شيء حتى يستبين أمره لأن الحنث لم يثبت بالشك، ولو قال: كل عبدلي حرّ أو قال: كل/ أمة لي حرّة وله مملوك خنثى لا يعتق [٢٨٩ب/٣] حتى يستبين أمره لما قلنا وإن قال: القولين جميعاً عتق للتيقن بأحد الوصفين لأنه ليس بمهمل، **وإن قال الخنثى: أنا رجل** أو امرأة لم يقبل قوله إذا كان مشكلاً لأنه دعوى بلا دليل، وذكر في النهاية معزياً إلى الذخيرة إن قال الخنثى المشكل: أنا ذكر أو أنثى كان القول قوله لأن الإنسان أمين في حق نفسه والقول: قول الأمين ما لم يعرف خلاف ما قال، ألا ترى أن المعتدة إذا قالت: انقضت عدتي وأنكر الزوج كان القول قولها ما لم يعرف خلاف قولها، بأن قالت في مدة لا تنقضي في مثلها العدة والأوّل ذكره في الهداية، **وإن مات قبل أن يستبين أمره** لم يغسله رجل ولا امرأة لأن حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمة **وييمم بالصعيد** لتعذر الغسل ولا يحضر هو غسل رجل ولا امرأة لاحتمال أنه ذكر أو أنثى، ويستحب أن يسجى قبره لأنه إن كان أنثى أقيم واجب، وإن كان ذكراً لا تضره التسجية، وإذ أراد أن يصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الإمام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال أنه امرأة ويقدم على المرأة لاحتمال أنه رجل، ولو دفن مع رجل في قبر واحد للعذر جعل خلف الرجل لاحتمال أنه امرأة

ذكراً يكره له) يحرم عليه اهـ غاية. **قوله: (وإن قال الخنثى: أنا رجل إلخ)** قال الإتقاني: قال الحاكم الشهيد في الكافي: فإن قال الخنثى: أنا رجل، أو قال: أنا امرأة لم يقبل قوله إذا كان علم أنه مشكل وذلك لأنه مجازف فيما يخبر عن نفسه، فإنه لا يعلم من ذلك إلا ما يعلم غيره اهـ قال في الهداية: وإن لم يكن مشكلاً ينبغي أن يقبل قوله لأنه أعلم بحاله من غيره قال الإتقاني: وفي هذ التعليل نظر لأنه إنما لا يكون إذا ظهرت فيه إحدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى فلا حاجة إلى قوله بعد ذلك اهـ **قوله: (وإن مات قبل أن يستبين أمره)** وقد راهق اهـ إتقاني. **قوله: (وييمم بالصعيد)** وذلك لأن الأصل أن النظر إلى العورة حرام، وبالموت لا تنكشف هذه الحرمة إلا أن نظر الجنس إلى الجنس أخف فلأجل الضروة أبيح النظر للجنس عند الغسل والمراهق، كالبالغ في وجوب ستر عورته فإذا كان مشكلاً لا يوجد له جنس أو لا يعرف جنسه أنه من جنس الرجال أو من جنس النساء فتعذر غسله، لانعدام من يغسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لانعدام ما يغسل به فييمم بالصعيد وهو نظير امرأة تموت بين الرجال ليس معهم امرأة فإنها تيمم بالصعيد ثم إن كان الميمم أجنبياً يممها مع الخرقة وإن كان ذا رحم محرم منها يممها بغير الخرقة، وكذلك إن

ويجعل بينهما حاجز من صعيد ليكون في حكم القبرين، وكذا في الرجلين إذا دفنا في قبر واحد، وإن دفن مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال أنه رجل، **وإن جعل على السرير نعش المرأة فهو أحب** لاحتمال أنه عورة ويكفن في خمسة أثواب كما تكفن المرأة فهو أحب لاحتمال أنه أنثى ويدخل قبره ذو رحم محرم منه لاحتمال أنه أنثى.

قال رحمه اللّه: (وله أقل النصيبين) أي لو مات مورّثه كان له الأقل من نصيب الذكر ومن نصيب الأنثى فإنه ينظر نصيبه على أنه ذكر وعلى أنه أنثى فيعطى الأقل منهما، وإن كان محروماً على أحد التقديرين فلا شيء له مثاله أخوان لأب وأم أحدهما خنثى مشكل، كان المال بينهما أثلاثاً للأخ الثلثان وللخنثى الثلث فيقدر أنثى لأنه أقل، ولو قدر ذكراً كان له النصف، ولو تركت امرأة زوجاً وأماً وأختاً لأب وأم هي خنثى كان للزوج النصف، وللأم الثلث، وللخنثى ما بقي وهو السدس على أنه عصبة لأنه أقل ولو قدر أنثى، كان له النصف وكانت المسألة تعول إلى ثمانية ولو تركت زوجاً وأماً وأخوين من أم وأخاً لأب وأم هو خنثى، كان للزوج النصف وللأم السدس وللأخوين لأم الثلث، ولا شيء للخنثى لأنه عصبة ولم يفضل له شيء، ولو قدر أنثى كان له النصف وعالت المسألة إلى تسعة، ولو ترك الرجل ولد أخ هو خنثى وعماً لأب وأم ولأب كان المال للعم ويقدر الخنثى أنثى لأن بنت الأخ لا ترث، ولو قدر ذكراً كان المال له دون العم لأن ابن الأخ مقدم على العم، وقال الشعبي: للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى، وعن ابن عباس رضي اللّه عنهما مثله لأنه مجهول والتوزيع على الأحوال عند القسمة طريق معهود في الشرع كما في العتق المبهم والطلاق المبهم إذا تعذر البيان فيه بموت الموقع قبل البيان، ولنا أن الحاجة إلى إثبات المال ابتداء فلا يثبت مع الشك فصار كما إذ كان الشك في وجوب المال بسبب آخر غير الميراث بخلاف المستشهد به، لأن فيه سبب الاستحقاق متيقن به وهو الإنشاء السابق ومحلية كل واحد من المرأتين والعبدين لحكم ذلك السبب ثابتة لكل واحد منهما على السواء من غير ترجيح أحدهما على الآخر، وفيما نحن فيه الشك وقع في سبب/ الاستحقاق لأن وصف الذكورة والأنوثة سبب الاستحقاق [٢٩٠/أ ٣]

مات رجل بين نساء ليس معهن رجل فإن النساء ييممنه بالصعيد من غير خرقة إن كن ذات رحم محرم منه وبخرقة إن كن أجانب منه فهذا مثله (فرع) ولا يقسم له من الغنيمة ولكن يرضخ له ولو كان كافراً فأسر لا يقتل لاحتمال أنه أنثى ولا يقرر عليه جزية ولو ارتد لا يقتل ولا يدخل في القسامة ولا يرث من مولى أبيه، لاحتمال أنه أنثى اهـ **قوله**: (**وإن جعل على السرير نعش المرأة فهو أحب**) قال في شرح الكافي: وإن جعل نعش المرأة فهو جائز لأنه أقرب إلى الستر وهو مندوب إليه عند اشتباه الأمر والنعش شبه المحفة مشبك يطبق على

المقدر، وإن كان أصل القرابة سبباً لأصل الإرث والمزاحم للخنثى متيقن بسبب استحقاقه فلا يجوز إبطاله ولا تنقيصه بالشك.

قال رحمه الله: (فلو مات أبوه وترك ابناً له سهمان وللخنثى سهم) لأنه الأقل وهو متيقن به فيستحقه وعلى قول الشعبي رحمه الله نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى، واختلف أبو يوسف ومحمد في تخريج قول الشعبي فقال أبو يوسف رحمه الله: المال بينهما على سبعة أسهم للابن أربعة وللخنثى ثلاثة اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة انفراده، فإن الذكر لو كان وحده كان له كل المال والخنثى لو كان وحده إن كان ذكراً كان له كل المال، وإن كان أنثى كان له نصف المال فيأخذ نصف النصيبين نصف الكل ونصف النصف، وذلك ثلاثة أرباع المال وللابن كل المال فيجعل كل ربع سهماً فبلغ سبعة أسهم للابن أربعة وللخنثى ثلاثة، وإنما كان كذلك لأن الابن يستحق الكل عند الانفراد والخنثى ثلاثة الأرباع، وليس للمال كل وثلاثة أرباع فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه اعتباراً لطريق العول والمضاربة، وقال محمد رحمه الله: المال بينهما على اثني عشر سهماً سبعة للابن، وخمسة للخنثى يعتبر هو نصيب كل واحد منهما في حالة الاجتماع، فيقول: لو كان الخنثى ذكراً كان المال بينهما نصفين، ولو كان أنثى كان أثلاثاً فالقسمة على تقدير ذكورته من اثنين وعلى تقدير أنوثته من ثلاثة وليس بينهما موافقة فيضرب أحدهما في الآخر يبلغ ستة للخنثى على تقدير أنه أنثى سهمان وعلى تقدير أنه ذكر ثلاثة فله نصف النصيبين، وليس للثلاثة نصف صحيح فتضرب ستة في اثنين تبلغ اثني عشر فيكون للخنثى ستة على تقدير أنه ذكر وأربعة على تقدير أنه أنثى فيأخذ نصف النصيبين خمسة لأن نصف الستة ثلاثة ونصف الأربعة اثنان، هو اعتبر الأحوال في كل حادثة في حق الخنثى وفي حق غيره أيضاً من الورثة حتى يأخذ كل واحد من الورثة نصف ما يصيبه على التقديرين، ألا ترى أن الابن يأخذ في هذه المسألة سبعة لأن نصيب الابن على تقدير أن الخنثى ذكر ستة وعلى تقدير أنه أنثى ثمانية فنصف النصيبين سبعة، ولو كانت معهما بنت فعند أبي يوسف رحمه الله تكون المسألة من تسعة لأن نصيب البنت النصف حالة انفرادها، وللابن الكل وللخنثى ثلاثة أرباع حالة انفراد كل منهما فيجعل كل ربع سهماً يبلغ تسعة، وعند محمد رحمه الله له خمس وثمن لأنه على تقدير أنه ذكر كان له خمسان فله نصفه وهو الخمس، وعلى تقدير أنه أنثى كان له ربع فله نصفه وهو الثمن فمخرج الخمس من خمسة ومخرج الثمن من ثمانية وليس بينهما موافقة فتضرب إحداهما في الأخرى تبلغ أربعين، ومنها

المرأة إذا وضعت على الجنازة، وقد مرّ في باب الجنائز اهـ إتقاني.

تصح المسألة فللخنثى خمسها ثمانية وثمنها خمسة فاجتمع له ثلاثة عشر سهماً، وللبنت على تقدير أن الخنثى أنثى الربع عشرة وعلى تقدير أنه ذكر الخمس ثمانية فيكون لها نصف النصيبين تسعة، وللخنثى على تقدير أنه ذكر خمسان وهو ستة عشر وعلى تقدير أنه أنثى ربع وهو عشرة فيكون له نصف النصيبين ثلاثة عشر، وللابن خمسان على تقدير ذكورته ونصف على تقدير أنوثته فله نصف النصيبين ثمانية عشر، وعلى هذا يخرّج لو كانوا أكثر من ذلك على المذهبين فأبو يوسف رحمه اللّه يجعل لكل بنت سهمين، ولكل ابن أربعة ولكل خنثى ثلاثة ولو كان من كل جنس مائة نفس، ومحمد رحمه اللّه/ يقسم المال بينهم باعتبار تلك الحادثة [٢٩٠ب/٣] على التقديرين، ويعطى لكل واحد منهم نصف نصيبه على التقديرين، ولو كان معهم ذو سهم أخذ سهمه وقسم الباقي بينهم على ما ذكرنا على المذهبين، ويروى عن أبي يوسف رحمه اللّه مثل قول الشعبي: قالوا: رجع إليه آخراً وقال شمس الأئمة: خرّجا قول الشعبي ولم يأخذا به، ولو أوصى رجل لما في بطن فلانة بألف درهم إن كان ذكراً، وبخمسمائة إن كان أنثى فولدت خنثى أعطي الأقل ويوقف الباقي حتى يتبين أمره، وعلى قياس قول الشعبي رحمه اللّه يجب له سبعمائة وخمسون نصف الوصيتين وعندنا يعطى الأقل وهو خمسمائة، من أحكام الخنثى المشكل أنه لو قبله رجل بشهوة لم يتزوّج أمه إلا إذا تبين أنه ذكر لاحتمال أنه أنثى فيثبت به حرمة المصاهرة، وكذا إذا قبلته امرأة لا تتزوج بأبيه لما ذكرنا، وإن زوّجه أبوه أو مولاه امرأة أو رجلاً لا يحكم بصحته حتى يتبين حاله أنه رجل أو امرأة، فإذا ظهر أنه خلاف ما زوَّج به تبين أن العقد كان صحيحاً وإلا فباطل لعدم مصادفة المحل، **وكذا إذا زوّج الخنثى من خنثى آخر** لا يحكم بصحة النكاح حتى يظهر أن أحدهما ذكر، والآخر أنثى وإن ظهر أنهما ذكران أو أنثيان بطل النكاح ولا يتوارثان إذا مات قبل التبين لأن الإرث لا يجري إلا بعد الحكم بصحة النكاح، ولا حدّ على قاذفه بمنزلة المجبوب والرتقاء إذا قذفا لأنه إذا كان رجلاً فهو كالمجبوب إذ لا يمكنه أن يجامع، وإن كان امرأة فهو كالرتقاء **لأنه لا يجامع، وإذا قطعت يده** أو قطع هو يد رجل أو امرأة فلا يجب فيه القصاص لأن القصاص لا يجري في الأطراف بين الرجل والمرأة فلا يجب بالشك، وكذا إذا قطع هو يد عبد أو قطعه عبد أو كان هو رقيقاً فقطعت يده لأن القصاص لا يجري بين الحرّ والعبد ولا بين العبدين لما بينا من قبل، بخلاف ما إذا قتل أو قتل هو بعد

قوله: (وكذا إذا زوّج الخنثى من خنثى آخر) قال في معراج الدراية: نقلاً عن المبسوط والذخيرة لو زوّج الخنثى من خنثى مشكل آخر فالنكاح موقوف حتى يستبين أمرهما اهـ **قوله: (لأنه لا يجامع)** ولا حدّ في قذف الرتقاء اهـ معراج. **قوله: (وإذا قطعت يده إلخ)** سواء

البلوغ حيث يجب القصاص لأنه لا يمتنع بالرق ولا بالأنوثة على ما بينا، وفي الشهادة يجعل أنثى لأنه المتيقن والله أعلم.

مسائل شتى

قال رحمه الله: (إيماء الأخرس وكتابته كالبيان بخلاف معتقل اللسان في وصية ونكاح وطلاق وبيع وشراء وقود) وقال الشافعي رحمه الله: تجوز كتابته وإيماؤه في الوجهين لأن المجوّز إنما هو العجز وهو شامل للفصلين، ولا فرق بين أن يكون أصلاً أو عارضاً كالوحشي والمتوحش من الأهلي في حق الذكاة، والفرق لنا أن الإشارة إنما تقوم مقام العبارة إذا صارت معهودة، وذلك في الأخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له إشارة معلومة كان بمنزلة الأخرس، ولأن التفريط جاء من قبله حيث أخر الوصية إلى هذا الوقت بخلاف الأخرس لأنه لا تفريط من جهته، ولأن العارض على شرف الزوال دون الأصلي فلا يقاس أحدهما على الآخر، وفي الآبد عرفناه بالنص وهو ما روي عن رافع بن خديج رضي الله عنه أن بعيراً من إبل الصدقة ندّ فرماه رجل بسهم فسمى فقال عليه الصلاة والسلام: «إن لها أوابد كأوابد الوحش فإذا فعلت شيئاً من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه»[1]، ثم قدّر الامتداد هنا التمرتاشي بسنة، وذكر الحاكم أبو محمد رواية عن أبي حنيفة رضي الله عنهما فقال: إن دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة، ويجوز الإشهاد عليه لأنه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالأخرس قالوا: وعليه الفتوى، وإذا كان إيماء الأخرس وكتابته كالبيان وهو النطق باللسان تلزمه الأحكام بالإشارة والكتابة حتى يجوز نكاحه / وطلاقه وعتقه وبيعه وشراؤه إلى غير ذلك من الأحكام، [٢٩١/ ٣/أ] لأن الإشارة تكون بياناً من القادر فما ظنك من العاجز، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام كان أفصح العرب ومع هذا أنبأ بالإشارة بقوله: الشهر هكذا الحديث والكتابة ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام بلغ الرسالة إلى الغيب بالكتابة فيكون ذلك حجة عليهم، كما إذا بلغهم بالعبارة فإذا كان

كان القاطع رجلاً أو امرأة اهـ.

مسائل شتى

قوله: (مسائل شتى) أي متفرقة من كل باب يقال: شتى وشتان قال تعالى: ﴿وقلوبهم شتى﴾ [الحشر: ١٤٠] أي متفرقة وإيراد مسائل شتى في آخر الكتب من دأب

---

(١) تقدم تخريجه.

الكتاب كالخطاب عند العجز ففي حق الأخرس أولى لأن عجزه أظهر وألزم عادة لأن الغائب يقدر على الحضور بل يحضر ظاهراً، والأخرس لا يقدر على النطق والظاهر بقاؤه على الدوام، ثم الكتاب على ثلاث مراتب **مستبين مرسوم** وهو أن يكون معنوناً أي مصدّراً بالعنوان، وهو أن يكتب في صدره من فلان إلى فلان على ما جرت به العادة في تسيير الكتاب فيكون هذا كالنطق فلزم حجة، **ومستبين غير مرسوم** كالكتابة على الجدران وأوراق الأشجار أو على الكاغد **لا على وجه الرسم** فإن هذا يكون لغواً لأنه لا عرف في إظهار الأمر بهذا الطريق فلا يكون حجة إلا بانضمام شيء آخر إليه **كالنية** والإشهاد عليه والإملاء على الغير، حتى يكتبه لأن الكتابة قد تكون للتجربة، وقد تكون للتحقيق وبهذه الأشياء تتعين الجهة وقيل: الإملاء من غير إشهاد لا يكون حجة، والأوّل أظهر وغير مستبين كالكتابة على الهواء أو الماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا يثبت به شيء من الأحكام وإن نوى.

قال رحمه اللّه: (لا في حدّ) أي لا تكون إشارته وكتابته كالبيان في الحدود لأنها تندرئ بالشبهة لكونها حق اللّه تعالى فلا حاجة إلى إثباتها ولعله كان مصدّقاً للقاذف إن قذف هو فلا يتيقن بطلبه الحد وإن كان هو القاذف فقذفه ليس بصريح، والحد لا يجب إلا بالقذف بصريح الزنا، **وفي القصاص** اعتبر طلبه لأنه حق العبد وحق العبد لا يختص بلفظ دون لفظ، وقد يثبت بدون اللفظ كالتعاطي وهذا لأن الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة، ألا ترى أن الشهود لو شهدوا بالوطء الحرام لا يجب الحد عليه، ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب عليه القصاص، وإن لم يوجد لفظ التعمد وهذا لأن القصاص فيه معنى المعاوضة لأنه شرع جابراً فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد، أما الحدود الخالصة حقاً للّه تعالى شرعت زاجرة وليس فيها معنى البدلية أصلاً فلا تثبت مع الشبهة لعدم

المصنفين اهـ **قوله**: (**مستبين**) وهو صريح لا يحتاج إلى النية اهـ **قوله**: (**مرسوم**) المقصود من المرسوم أن يكون على الوجه المعتاد في إظهار الأمر عرفاً كالكتب المعنونة والمحاضر والسجلات والقصص ونحوها اهـ يحيى. **قوله**: (**ومستبين غير مرسوم**) وهو كناية فيحتاج إلى النية اهـ **قوله**: (**لا على وجه الرسم**) أي لا على وجه المعتاد في إثبات المقاصد كما يكتب على الكاغد لتجربة المداد أو القلم أو الخط ونحوها اهـ **قوله**: (**كالنية**) فإن كان صحيحاً يبين نيته بلسانه، وإن كان أخرس يبين نيته بكتابته، كذا في المبسوط اهـ **قوله**: (**وفي القصاص إلخ**) الفرق بين الحدّ والقود من وجهين أحدهما أن القود حق العبد وهو محتاج فيعتبر فيه الإشارة للضرورة، والحد حق اللّه تعالى وهو غنيّ عن العالمين فلا يعتبر وثانيهما أن القود فيه شبهة العوضية لأنه شرع جابراً، والأعواض تثبت مع الشبهة والحد ليس كذلك

الحاجة، وذكر في كتاب الإقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه، **ويحتمل أن يكون الجواب في الأخرس، كذلك** فيكون في الغائب والأخرس روايتان، ويحتمل أن يكون مفارقاً لذلك لأن الغائب يمكنه الوصول في الجملة فيعتبر بالنطق، ولا كذلك الأخرس لتعذر النطق في حقه للآفة التي به فدلت المسألة على أن الإشارة معتبرة، وإن كان قادراً على الكتابة بخلاف ما توهمه بعض أصحابنا رحمهم اللّه أن الإشارة لا تعتبر مع القدرة على الكتابة قالوا: لأن الإشارة حجة ضرورية ولا ضرورة مع القدرة على الكتابة، قلنا: كل واحد منهما حجة ضرورية ففي الكتابة زيادة بيان لم توجد في الإشارة لأن قصد البيان في الكتابة معلوم حساً وعياناً وفي الإشارة زيادة أثر لم توجد في الكتابة لأن الأصل في البيان هو الكلام لأنه وضع له، والإشارة أقرب إليه لأن العلم الحاصل بها حاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو إشارته بيده أو رأسه فصارت أقرب إلى النطق من آثار الأقلام/ فاستويا ولا يقدم على الآخر بل يخير، ولهذا [٢٩١ب/٣] ذكره بكلمة أو وهي للتخير، وقالوا: فيمن صمت يوماً أو يومين الحكم كالمعتقل لسانه حتى لا يجوز بالإيماء والكتابة به إقراره، وقيل: هذا تفسير لمعتقل اللسان.

قال رحمه اللّه: (غنم مذبوحة وميتة فإن كانت المذبوحة أكثر تحرّي وأكل وإلا لا) وقال الشافعي رحمه اللّه: لا يجوز الأكل في حالة الاختيار بالتحرّي، وإن كانت المذبوحة أكثر لأن التحرّي دليل ضروري فلا يصار إليه من غير ضرورة ولا ضرورة لأن الكلام في حالة الاختيار، ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة في إفادة الإباحة، ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرّم من مسروق ومغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتماداً على الظاهر، وهذا لأن القليل منه لا يمكن التحرّز عنه، ولا يستطاع الامتناع منه فسقط اعتباره دفعاً للحرج كقليل النجاسة في البدن أو الثوب بخلاف ما إذا كانت الميتة أكثر أو استويا لأنه لا ضرورة إليه لقلته فيمكن الاحتراز.

قال رحمه اللّه: (لف ثوب نجس رطب في ثوب طاهر يابس فظهرت رطوبته على ثوب طاهر لكن لا يسيل لو عصر لا يتنجس) لأنه إذا لم يتقاطر منه بالعصر لا ينفصل منه شيء، وإنما يبتل ما يجاوره بالنداوة وبذلك لا يتنجس به، وذكر المرغيناني إن كان اليابس هو الطاهر يتنجس لأنه يأخذ بللاً من النجس الرطب، وإن كان اليابس هو النجس والطاهر الرطب لا يتنجس لأن اليابس النجس يأخذ بللاً من الطاهر ولا يأخذ الرطب من اليابس شيئاً ويحمل على أن مراده فيما إذا كان الرطب ينفصل منه شيء، وفي لفظه إشارة إليه حيث نص على أخذ البلة **وعلى هذا** إذا نشر

اهـ يحيى. **قوله**: (**ويحتمل أن يكون الجواب في الأخرس كذلك**) أي لا يكون حجة اهـ **قوله**:

الثوب المبلول على حبل نجس وهويابس لا يتنجس الثوب لما ذكرنا من المعنى، وقال قاضيخان في فتاواه: إذا نام الرجل على فراش فأصابه مني ويبس وعرق الرجل وابتل الفراش من عرقه إن لم يظهر له أثر البلل في بدنه لا يتنجس جسده، وإن كان العرق كثيراً حتى ابتل الفراش ثم أصاب بلل الفراش جسده وظهر أثره في جسده يتنجس بدنه، وكذا الرجل إذا غسل رجله فمشى على أرض نجسة بغيرمكعب فابتلّ الأرض من بلل رجله واسودّ وجه الأرض لكن لم يظهر أثر بلل الأرض في رجله فصلى جازت صلاته، وإن كان بلل الماء في رجله كثيراً حتى ابتل به وجه الأرض وصار طيناً ثم أصاب الطين رجله لا تجوز صلاته، ولو مشى على أرض نجسة رطبة ورجله يابسة تتنجس.

قال رحمه اللّه: (ورأس شاة متلطخ بالدم أحرق وزال عنه الدم فاتخذ منه مرقة جاز والحرق كالغسل) لأن النار تأكل ما فيه من النجاسة حتى لا يبقى فيه شيء أو تحيله فيصير الدم رماداً فيطهر بالاستحالة، ولهذا لو أحرقت العذرة وصارت رماداً طهرت للاستحالة كالخمر إذا تخللت، وكالخنزير إذا وقع في المملحة وصار ملحاً، وعلى هذا قالوا: إذا تنجس التنور يطهر بالنار حتى لا يتنجس الخبز، وكذلك إذا تنجست ممسحة الخباز تطهر بالنار.

قال رحمه اللّه: (سلطان جعل الخراج لرب الأرض جاز وإن جعل العشر لا) وهذا عند أبي يوسف رحمه اللّه، وقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما اللّه: لا يجوز فيهما لأنهما فيء لجماعة المسلمين **ولأبي يوسف رحمه اللّه أن صاحب الخراج** له حق في الخراج فصح تركه عليه وهو صلة من الإمام والعشر حق الفقراء على الخلوص كالزكاة فلا يجوز تركه عليه وعلى قول أبي يوسف رحمه اللّه الفتوى.

قال رحمه اللّه: (**ولو دفع الأراضي المملوكة** إلى قوم ليعطوا الخراج جاز) معناه أن أصحاب الخراج إذا عجزوا عن زراعة الأرض / وأداء الخراج **دفع الإمام الأراضي** إلى غيرهم بالأجرة أي يؤجر الأراضي للقادرين على الزراعة ويأخذ الخراج من أجرتها، فإن فضل شيء من أجرتها يدفعه إلى أصحابها وهم الملاك لأنه لا وجه إلى إزالة ملكهم بغير رضاهم من غير ضرورة، ولا وجه إلى تعطيل حق المقاتلة فتعين ما ذكرنا فإن لم يجد من يستأجرها باعها الإمام لمن يقدر على الزراعة لأنه لو لم يبعها يفوت [٢٩٢/أ ٣/١]

(**وعلى هذا**) أي على ما قال المرغيناني اهـ **قوله**: (**ولأبي يوسف أن صاحب الخراج**) أي صاحب الأرض إذا كان أهلاً للخراج بأن كان من المقاتلة مثلاً صح ترك الخراج عليه لأنه محله اهـ يحيى. **قوله في المتن**: (**ولو دفع الأراضي المملوكة**) كذا بخط الشارح اهـ **قوله**: (**دفع الإمام الأراضي إلخ**) الإمام يدفعها مزارعة فإن لم يجد من يأخذها مزارعة يؤجرها

حق المقاتلة في الخراج أصلاً، ولو باع يفوت حق المالك في العين، والفوات إلى خلف كلا فوات فيبيع تحقيقاً للنظر من الجانبين، وليس له أن يملكها غيرهم بغير عوض، ثم إذا باعها **يأخذ الخراج الماضي** من الثمن إن كان عليهم خراج وردّ الفضل إلى أصحابها، ثم قيل: هذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما اللّه لأن عندهما القاضي يملك بيع مال المديون في الدين والنفقة، وأما عند أبي حنيفة رحمه اللّه فلا يملك ذلك فلا يبيعها لكن يأمر ملاكها ببيعها، وقيل: هذ قول الكل، والفرق لأبي حنيفة رضي اللّه عنه بين هذا وبين غيره من الديون أن في هذا إلزام ضرر خاص لنفع العام ولإزالة الضرر عن العام وذلك جائز عنده، ألا ترى أنه يرى الحجر **على الطبيب** الماجن **والمفتي الجاهل** والمكاري المفلس لدفع الضرر عن العامة فكذا ضرر تعطيل الخراج يرجع إلى العامة فجاز ما ذكرنا لدفعه، ولأن الخراج حق متعلق برقبة الأرض فصار كدين العبد المأذون له في التجارة ودين الميت في التركة، فإن القاضي يملك البيع فيهما لتعلق الحق بالرقبة فكذا هذا، وذكر في النوادر عن أبي حنيفة رحمه اللّه أن أهل الخراج إذا هربوا إن شاء الإمام عمرها من بيت المال والغلة للمسلمين، **وإن شاء دفع** إلى قوم **وأطعمهم** على شيء فكان ما يأخذ للمسلمين لأن فيه حفظ الخراج على المسلمين والملك على أربابها، فإذا عمرها من بيت المال يكون قدر ما ينفق في عمارتها قرضاً لأن الإمام مأمور بتثمير بيت المال بأيّ وجه يتهيأ له.

قال رحمه اللّه: (ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين اليوم صح ولو عن رمضانين كقضاء الصلاة صح، وإن لم ينو أوّل صلاة أو آخر صلاة عليه) معناه لو كان عليه قضاء صوم يوم أو أكثر من رمضان واحد فقضاه ناوياً عنه ولم يعين أنه عن يوم كذا جاز وكذا لو صام ونوى عن يومين أو أكثر جاز عن يوم واحد، ولو نوى عن رمضانين أيضاً وكذا قضاء الصلاة أيضاً يجوز، وإن لم يعين الصلاة ويومها ولم ينو أوّل صلاة عليه أو آخر صلاة عليه، وهذا قول بعض المشايخ **والأصح أنه يجوز في رمضان** واحد، ولا يجوز في رمضانين ما لم يعين أنه صائم عن رمضان سنة كذا على ما تبين، وكذا

ويكون الأجر لرب الأرض يؤدّي منه الخراج، فإن لم يجد من يستأجرها يبيعها ويكون الثمن لرب الأرض يؤدي منه الخراج وإن لم يجد من يشتريها يدفع إلى رب الأرض من بيت المال مقدار ما يعمرها به لأنه مأمور بتثمير مال بيت المال بأي وجه يتهيأ فإن أراد السلطان أن يأخذها لنفسه يبيعها، من غيره ثم يشتري من المشتري، كذا في فتاوى قاضيخان.
قوله: (**يأخذ الخراج الماضي**) الذي بخط الشارح يأخذ الخراج الماضية اهـ **قوله**: (**على الطبيب والمفتي الجاهل**) كذا هو بخط الشارح اهـ **قوله**: (**وإن شاء دفعها**) الذي بخط الشارح، وإن شاء دفع اهـ **قوله**: (**وأطعمهم**) كذا هو بخط الشارح اهـ **قوله**: (**والأصح أنه يجوز**

في قضاء الصلاة لا يجوز ما لم يعين الصلاة ويومها بأن يعين ظهر يوم كذا مثلاً، ولو نوى أول ظهر عليه أو آخر ظهر عليه جاز لأن الصلاة تعينت بتعيينه، وكذا الوقت تعين بكونه أولاً أو آخراً فإن نوى أول صلاة عليه وصلى فما يليه يصير أولاً أيضاً فيدخل في نيته أول ظهر عليه ثانياً، وكذا ثالثاً إلى ما لا يتناهى، وكذا الآخر وهذا مخلص من لم يعرف الأوقات التي فاتته أو اشتبهت عليه أو أراد التسهيل على نفسه، والأصل فيه أن الفروض متزاحمة فلا بد من تعيين ما يريد أداءه حتى تبرأ ذمته منه، لأن فرضاً من الفروض لا يتأدّى بنية فرض آخر فلهذا وجب التعيين بالنية والشرط تعيين الجنس بالنية، لأنها شرعت لتمييز الأجناس المختلفة ولهذا يكون التعيين في الجنس الواحد لغواً لعدم الفائدة والتصرف إذا لم يصادف محله يكون لغواً ويعرف اختلاف الجنس باختلاف السبب والصلوات كلها من قبيل/ المختلف حتى الظهرين [٢٩٢ب/٣] من يومين **أو العصرين من يومين** لأن وقت الظهر من يوم غير وقت الظهر من يوم آخر حقيقة وحكماً لأن الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل بدلوك الشمس ونحوه، والدلوك في يوم غير الدلوك في يوم آخر بخلاف صوم رمضان لأنه متعلق بشهود الشهر بقوله تعالى: ﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾ [البقرة:١٨٥] وهو واحد لأنه عبارة عن ثلاثين يوماً بلياليها فلذلك لا يحتاج فيه إلى تعيين صوم يوم كذا، حتى لو كان عليه قضاء يوم بعينه فصامه بنية يوم آخر أو كان عليه قضاء صوم يومين أو أكثر فصام ناوياً عن قضاء يومين أو أكثر جاز بخلاف ما إذا نوى عن رمضانين أو عن رمضان آخر حيث لا يجوز عن واحد منهما لاختلاف السبب فصار كما لو نوى ظهرين أو ظهراً عن عصر أو نوى ظهر يوم السبت وعليه ظهر يوم الخميس، وعلى هذا أداء الكفارات لا يحتاج فيه إلى التعيين في جنس واحد ولو عين لغا، وفي الأجناس لا بد منه وقد ذكرنا تفاصيلها في كفارة الظهار وذكر في المحيط في كتاب الكفارات أن نية التعيين في الصلاة لم تشترط باعتبار أن الواجب مختلف متعدد بل باعتبار أن مراعاة الترتيب واجب عليه ولا يمكنه مراعاة الترتيب إلا بنية التعيين حتى لو سقط الترتيب بكثرة الفوائت تكفيه نية الظهر لا غير وهذا مشكل، وما ذكره أصحابنا مثل قاضيخان وغيره خلاف ذلك وهو المعتمد لما ذكرنا من المعنى، ولأن الأمر لو كان كما قاله لجاز مع وجوب الترتيب أيضاً لإمكان صرفه إلى الأول إذ لا يجب التعيين عنده ولا يفيد.

في رمضان إلخ) لو وجب عليه قضاء يومين من رمضان واحد فصام، ولم يعين الأوّل جاز وكذا لو كانا من رمضانين على المختار حتى لو نوى القضاء لا غير جاز اهـ فتح تقدير. **قوله: (أو العصرين من يومين)** سئل عمر الحافظ عن سجود التلاوة هل عليه التعيين كما في الصلاة، قال: لا بل عليه حفظ العدد اهـ قنية. **قوله في المتن: (خويشتن رازن إلخ)** مسائل

قال رحمه اللّه: (ابتلع بزاق غيره كفر لو صديقه وإلا لا) أي إذا ابتلع الصائم ريق غيره فإن كان بزاق صديقه يجب عليه الكفارة، وإن لم يكن صديقه يجب عليه القضاء دون الكفارة لأن الريق تعافه النفس وتستقذره إذا كان من غير صديقه فصار كالعجين ونحوه مما تعافه الأنفس، وإن كان من صديقه لا تعافه فصار كالخبز والثريد ونحو ذلك مما تشتهيه الأنفس.

قال رحمه اللّه: (قتل بعض الحجاج عذر في ترك الحج) لأن أمن الطريق شرط الوجوب أو شرط الأداء على ما بينا في المناسك ولا يحصل ذلك مع قتل بعض الحجاج في طريق الحج فكان معذوراً في ترك الحج فلا يأثم بذلك، وقد ذكرناها مستوفاة في المناسك وذكرنا الخلاف فيها فلا نعيدها.

قال رحمه اللّه: (منعها زوجها عن الدخول عليها وهو يسكن معها في بيتها نشوز) لأنها حبست نفسها منه بغير حق فلا تجب النفقة لها ما دامت على منعه فيتحقق النشوز منها فصار كحبسها نفسها في منزل غيرها هذا إذا منعته ومرادها السكنى في منزلها، وإن كان المنع **لينقلها إلى منزله** لا تكون ناشزة لأن السكنى واجبة لها عليه فكان حبسها نفسها منه بحق فلا تسقط نفقتها لأن التقصير جاء من جهته فصار كما إذا حبست نفسها لاستيفاء مهرها بخلاف ما إذا حبست بسبب دين عليها أو غصبها غاصب وذهب بها، لأن الفوات ليس من قبله وبخلاف ما إذا كانت

الفارسية لم يتكلم عليها الشارح اهـ **قوله: (لينقلها إلى منزله)** أو ليكتري لها منزلاً اهـ قاضيخان. سقط من نسخ الشارح التي بأيدينا بعد هذا جملة مسائل بالفارسية وقد نبه المحشي على أنه لم يتكلم عليها فأثبتناها بالهامش كما ترى اهـ مصححه. توزن من شذى فقالت: شذم لم ينعقد خويشتن رازن من كردا نيذي فقالت: كردا نيذم وقال: يذير فتم ينعقد دختر خويشتن رابپسر من أرزاني داشتي فقال: داشتم لا ينعقد منعها زوجها عن الدخول عليها وهو يسكن معها في بيتها نشوز، ولو سكن في بيت الغصب فامتنعت منه لا قالت: لا أسكن مع أمتك وأريد بيتاً على حدة ليس لها ذلك، قالت: مر إطلاق ده فقال: داذه كير وكرده كير أو داذه باذ وكرده باذينوّي ولو قال: داذه است كرده است يقع نوى أولاً، ولو قال: داذه أنكار كرده أنكار لا يقع، وإن نوى وي مرانشايذ تاقيا مت أو همه عمر لا يقع إلا بنية حيلهء زنان كن إقرار بالثلث حيلهء خويش كن لا كابين ترا بخشيذم مارا أزجنك بازدار إن طلقها سقط المهر وإلا لا قال: لعبده يا مالكي أو لأمته أنا عبدك لا يعتق برآمن سوكند است اير كارنكنم إقرار اليمين باللّه تعالى، وإن قال برآمن سوكند است بطلاق لزمه لذلك، فإن قال: قلت: ذلك كذباً لا يصدّق، ولو قال: مرا سوكند خانه است كى ابن كرنكنم فهو إقرار اليمين بالطلاق قال: للبائع بهار ايازده فقال البائع: بدرهم

ساكنة معه في منزله ولم تمكنه من الوطء لأنه يمكنه الوطء كرهاً غالباً فلا يعدّ منعاً.

قال رحمه اللّه: (ولو سكن في بيت الغصب فامتنعت لا) أي لا تكون ناشزة لأنها محقة إذ السكنى فيه حرام.

قال رحمه اللّه: (قالت: لا أسكن مع أمتك وأريد بيتاً على حدة ليس لها ذلك) لأنه لا بد له ممن يخدمه فلا يمكن منعه من ذلك.

قال رحمه اللّه: (قالت: مر اطلاق ده فقال: دا ذه كير وكرده وكير أو دا ذه باذ وكرده باذ ينوّى، ولو قال: دا ذه است كرده است يقع نوى أولاً، ولو قال: دا ذه أنكار كرده أنكار/ لا يقع وإن نوى، وى مرا نشايذ تاقيا مت أوهمه عمر لا يقع إلا بنية، [٢٩٣/١ ٣/] حيلهء زنان كن إقرار بالثلاث حيلهء خويش كن لا كابين ترا بخشيذم مارا ازجنك باردار إن طلقها سقط المهر وإلا لا).

قال رحمه اللّه: (قال: لعبده يا مالكي أو قال: لأمته أنا عبدك لا يعتق) لأنه ليس بصريح للعتق ولا كناية عنه فلا يكون فيه شيء مما يقتضي العتق بخلاف قوله: يامولاي لأن حقيقته تنبئ عن ثبوت الولاء على العبد وذلك بالعتق فيعتق لأنه يمكن إثباته من جهته وقوله: يا مالكي أو أنا عبدك حقيقته تنبئ عن ثبوت الملك للعبد على المولى، وذلك لا يمكن إثباته من جهة المولى لا مقصوداً لعدم قدرته على ذلك، ولا مقتضي لأن من شرطه أن يثبت المقتضى فيثبت في ضمنه المقتضى وثبوت المقتضى وهو الملك متعذر لما ذكرنا فلا يثبت المقتضي بدونه.

قال رحمه اللّه: (العقار المتنازع فيه لا يخرج من يد ذي اليد ما لم يبرهن المدعي) أي إذا ادَّعى عقاراً لا يكتفى بذكر المدعي أنه في يد المدعى عليه، وبتصديق المدعى عليه في ذلك بل لا بدّ من إقامة البينة أنه في يد المدعي عليه حتى يصح دعواه أو علم القاضي في الصحيح، لأن يد المدعى عليه لا بدّ منه لتصح الدعوى عليه إذ هو شرط فيها، ويحتمل أن يكون في يد غيره فبإقامة البينة تنتفي تهمة المواضعة فأمكن القضاء عليه بإخراجه من يده لتحقق يده بخلاف المنقول لأن اليد فيه مشاهدة فلا يحتاج إلى إثباتها بالبينة.

قال رحمه اللّه: (**عقار لا في ولاية القاضي** لا يصح قضاؤه فيه) لأنه لا ولاية له

يكون فسخاً للبيع. **قوله في المتن: (عقار لا في ولاية القاضي إلخ)** وفي فصول الإستروشني لو ادّعى رجل على رجل داراً في بلده غير تلك البلدة فأقام المدعي بينة قبلت بينته، وقضى بها للمدعي وجاز قضاءه، وإن لم تكن الدار في ولاية هذا القاضي هكذا ذكر في فصل دعوى الدور والأراضي من دعوى فتاوى قاضيخان، وفي الباب الأوّل من فتاوى رشيد الدين

في ذلك المكان وقد اختلف المشايخ **هل يعتبر المكان أو الأهل** فقيل: يعتبر المكان، وقيل: يعتبر الأهل حتى لا ينفذ قضاؤه في غير ذلك المكان على قول من اعتبر المكان ولا في غير ذلك الأهل على قول من اعتبر الأهل، وإن خرج القاضي مع الخليفة من المصر جاز قضاؤه، وإن خرج وحده لم يجز قضاؤه فهذا ينبغي أن يكون على قول من اعتبر المكان لأن القضاء من أعلام الدين فيكون المصر شرطاً فيه كالجمعة والعيدين، وعن أبي يوسف أن المصر ليس بشرط فيه وإليه أشار محمد أيضاً في كتاب أدب القاضي، فقال: إن المصر شرط لنفوذ القضاء.

قال رحمه الله: (إذا قضى القاضي في حادثة ببينة ثم قال: رجعت عن قضائي أو بدلي غير ذلك أو وقعت في تلبيس الشهود أو أبطلت حكمي ونحو ذلك، لا يعتبر والقضاء ماض إن كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة) **لأن رأيه الأول قد ترجح بالقضاء فلا ينقض** باجتهاد مثله ولا يملك الرجوع عنه ولا إبطاله لأنه تعلق به حق الغير وهو المدعي، ألا ترى أن الشاهد لما اتصل بشهادته القضاء لا يصح رجوعه ولا يملك إبطالها لما ذكرنا فكذا القاضي، وقال الشعبي رحمه الله: كان رسول الله ﷺ يقضي بالقضاء ثم ينزل عليه القرآن بعد الذي قضى بخلافه فلا يردّ قضاؤه ويستأنف، وقال صاحب المحيط: وهذا يدل على أن القاضي إذا قضى بالاجتهاد في حادثة لا نص فيها ثم تحوّل عن رأيه فإنه يقضي في المستقبل بما هو أحسن عنده، ولا ينقض ما مضى من قضائه لأن حدوث الاجتهاد والرأي دون نزول القرآن والنبي ﷺ لم ينقض القضاء الذي قضى بالرأي بالقرآن الذي نزل بعده فهذا أولى بخلاف ما إذا قضى باجتهاده في حادثة ثم تبين نص بخلافه فإنه ينقض ذلك القضاء، ورسول الله ﷺ قضى باجتهاده ونزل القرآن بخلافه ومع ذلك لم ينقض قضاءه الأول، والفرق أن القاضي حال ما قضى باجتهاد فالنص الذي هو مخالف لاجتهاده كان موجوداً منزلاً إلا أنه خفي عليه فكان الاجتهاد في محل/ النص فلا يصح والنبي ﷺ حال ما قضى باجتهاده كان الاجتهاد في محل لا نص فيه فصح وصار ذلك شريعة له، فإذا نزل القرآن بخلافه صار ناسخاً لتلك الشريعة. [٢٩٣ ب/٣]

وذكر علاء الدين الديناري في متفرقات فتاواه هذه المسألة وقال: يجوز حكم القاضي إذا كانت الدار في ولاية من قلده اهـ **قوله: (هل يعتبر المكان أو الأهل)** أي أهل المكان المتنازع فيه يعتبر أن يكونوا من أهل محل ولاية القاضي ويتخرج على هذين القولين لو كان العقار لا في محل ولايته، والأهل ليسوا من محل ولايته لا ينفذ قضاؤه على القولين هذا ما ظهر لكاتبه حال المطالعة اهـ **قوله: (لأن رأيه الأوّل قد ترجح بالقضاء فلا ينتقض)** الحاصل أن قضاء القاضي لا ينتقض إلا إذا تبين خطؤه بيقين كما لو قضى بموت شخص ثم جاء حياً ونص الواقف كنص الشارع، فلو تبين نص الواقف على خلاف القضاء اعتبر الرجوع عنه

قال رحمه الله: (خبأ قوماً ثم سأل رجلاً عن شيء فأقرّ به وهم يرونه ويسمعون كلامه وهو لا يراهم جازت شهادتهم) أي إذا خبأ رجل جماعة في مكان ثم سأل رجلاً آخر عن شيء مثل دين له عليه فأقرّ به المسؤول والجماعة يرونه ويسمعون كلامه والمقرّ لا يراهم جازت شهادتهم عليه بذلك الإقرار، لأن الإقرار موجب بنفسه وقد علموه وهو الركن في إطلاق أداء الشهادة، قال الله تعالى: ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾ [الزخرف: ٨٦] وقال عليه الصلاة والسلام: «إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع»(١).

قال رحمه الله: (وإن سمعوا كلامه ولم يروه لا) أي لا تجوز شهادتهم لأن النغمة تشبه النغمة فيحتمل أن يكون المقر غيره فلا يجوز لهم أن يشهدوا عليه مع الاحتمال إلا إذا كانوا دخلوا البيت وعلموا أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلسوا على الباب وليس للبيت مسلك غيره، ثم دخل رجل فسمعوا إقرار الداخل ولم يروه وقت الإقرار لأن العلم حصل لهم في هذه الصورة فجاز لهم أن يشهدوا عليهم.

قال رحمه الله: (باع عقاراً وبعض أقاربه حاضر يعلم البيع ثم ادّعى لا تسمع) أي لا تسمع دعواه، ولم يعين القريب هنا وفي الفتاوى لأبي الليث رحمه الله عينه فقال: **لو باع عقاراً وابنه أو امرأته حاضر** يعلم به وتصرف المشتري فيه زماناً ثم ادّعى الابن أنه ملكه، ولم يكن ملك أبيه وقت البيع **اتفق مشايخنا** على أنه لا تسمع مثل هذه الدعوى وهو تلبيس محض وحضوره عند البيع وتركه فيما يصنع إقرار منه بأنه ملك البائع وأن لا حق له في المبيع وجعل سكوته في هذه الحالة، كالإفصاح بالإقرار قطعاً للأطماع الفاسدة لأهل العصر في الإضرار بالناس، **وتقييده بالقريب ينفي جواز ذلك مع الغريب**، وذكر في الهداية في كتاب الكفالة قبيل الفصل في الضمان فقال:

ولزم إبطاله اهـ يحيى. **قوله**: (**لو باع عقاراً وابنه أو امرأته حاضر**) قال قاضيخان رحمه الله في كتاب الدعوى في باب ما يبطل دعوى المدّعي: وفيما إذا باع الرجل شيئاً بحضرة امرأته وهي ساكنة ثم ادّعت بعد ذلك أنه لها اختلف المشايخ فيه، وقال بعضهم: لا تسمع دعواها والصحيح أنها تسمع اهـ **قوله**: (**اتفق مشايخنا**) أي مشايخ سمرقند، وأما مشايخ بخارى فقالوا: تسمع فينظر المفتي في ذلك فإن كان في أكبر رأيه أنها لا تسمع لاشتهار المدعي بالحيل والتلبيس وأفتى به كان حسناً سداً لباب التزوير اهـ فصول. **قوله**: (**وتقييده بالقريب ينفي جواز ذلك مع الغريب**) أي إذا رأى أجنبياً يبيع ماله فسكت

---

(١) تقدم تخريجه.

ومن باع داراً وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته، وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها إحكام البيع وترغيب المشتري فيه إذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الإقرار بملك البائع، ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليماً وهو على دعواه لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع أي ليست بشرط فيه، ولا هي إقرار بالملك لأن البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب لتحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم، وقالوا: إذا كتب في الصك باع وهو يملكه أو باع بيعاً باتاً نافذاً وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين، ولو باع ضيعة ثم ادّعى أنها وقف عليه وعلى أولاده لا تسمع دعواه للتناقض لأن إقدامه على البيع إقرار منه **وإن أراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك**، وإن أقام البينة على ذلك قيل: تقبل لأن الشهادة على الوقف تقبل من غير دعوى لأنها من باب

ولم ينهه لا ينفذ ذلك عليه بسكوته كما تقدم في كتاب المأذون اهـ **قوله: (وإن أراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك)** رجل باع أرضاً ثم قال: إن كنت وقفتها أو قال: هو وقف عليّ فإن لم يكن له بينة وأراد تحليف المدعى عليه ليس له أن يحلفه لأن التحليف مرتب على دعوى صحيحة، والدعوى هنا لم تصح لمكان التناقض فإن أقام بينة قال أبو جعفر رحمه الله: قبلت البينة وينتقض البيع لأن أكثر ما فيه أن الدعوى لو لم تصح بقيت الشهادة بلا دعوى، إلا أن الشهادة على الوقف مقبولة من غير دعوى كالشهادة على عتق الأمة وبه أخذ الصدر الشهيد في واقعاته، قال الفقيه أبو الليث: وقال بعض الناس: لا تقبل البينة ولكنا لا نأخذ به فقد ذكر أن الشهادة على الوقف صحيحة بدون الدعوى مطلقاً، وهذا الجواب على الإطلاق غير صحيح وإنما الصحيح أن كل وقف هو حق الله تعالى فالشهادة عليه صحيحةب دون الدعوى، وكل وقف هو حق العبادة فالشهادة عليه لا تصح بدون الدعوى اهـ وقف الذخيرة وقال قاضيخان في فتاواه في كتاب الوقف: رجل باع أرضاً ثم ادّعى أنه كان وقفها قبل البيع فأراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك عند الكل، لأن التحليف يعتمد صحة الدعوى ودعواه لم تصح لمكان التناقض وإن أقام البينة على ما ادّعى اختلفوا فيه، قال بعضهم: لا تقبل بينته لأنه مناقض وقال بعضهم: تقبل بينته لأن التناقض يمنع الدعوى وعلى قول الفقيه أبي جعفر: الدعوى لا تشترط لقبول البينة على الوقف لأن الدعوى حق الله تعالى وهو التصدق بالغلة فلا يشترط فيه الدعوى، كالشهادة على الطلاق وعتق الأمة إلا أنه إن كان هناك موقوف عليه مخصوص ولم يدع لا يعطى من الغلة شيئاً، ويصرف جميع الغلة إلى الفقراء لأن الشهادة قبلت لحق الفقراء فلا يظهر إلا في حق الفقراء، وقال مولانا رحمه الله: وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل إن كان الوقف

الحسبة فإذ قبلت انتقض البيع وقيل: لا تقبل، **وهو أصوب وأحوط** لأنه بإقامة البينة أن الضيعة وقف عليه يدعي فساد البيع وحقاً لنفسه فلا تسمع للتناقض، **وقال في الجامع الأصغر: إذا بيع متاع إنسان** بين يديه وهو ينظر لا يصح لأن سكوته يحتمل الرضا والسخط، وقال ابن أبي ليلى: سكوته يكون إجازة منه للبيع.

قال رحمه الله: (وهبت مهرها لزوجها فماتت فطالب ورثتها مهرها منه وقالوا: كانت الهبة في مرض موتها وقال: بل في الصحة فالقول له) أي للزوج والقياس أن يكون القول/ للورثة، لأن الهبة حادثة والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات، ووجه [٢٩٤/أ ٣/] الاستحسان أنهم اتفقوا على سقوط المهر عن الزوج لأن الهبة في مرض الموت تفيد الملك وإن كانت للوارث، ألا ترى أن المريض إذا وهب عبداً لوارثه فأعتقه الوارث أو باعه نفذ تصرفه، ولكن يجب عليه الضمان إن مات المورث في ذلك المرض رداً للوصية للوارث بقدر الإمكان، فإذا أسقط عنه المهر بالاتفاق والوارث يدعي العود عليه والزوج ينكر فالقول قول المنكر.

قال رحمه الله: (أقرّ بدين أو غيره ثم قال: كنت كاذباً قيما أقررت حلف المقرّ على أن المقرّ ما كان كاذباً فيما أقرّ به ولست بمبطل فيما تدّعيه عليه) من الإقرار وهذا قول أبي يوسف رحمه الله، وهو الاستحسان وعندهما يؤمر بتسليم المقرّ به إلى المقرّ له وهو القياس، لأن الإقرار حجة ملزمة شرعاً فلا يصار معه إلى اليمين كالبينة بل أولى لأن احتمال الكذب فيه أبعد لتضرره بذلك، ووجه الاستحسان أن العادة جرت بين الناس أنهم يكتبون الصك إذا أرادوا الاستدانة قبل الأخذ ثم يأخذون المال فلا يكون الإقرار دليلاً على اعتبار هذه الحالة فيحلف، وعليه الفتوى لتغيير أحوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر بذلك والمدّعي لا تضره اليمين إن كان صادقاً فيصار إليه.

قال رحمه الله: (لو قال لآخر: وكلتك ببيع هذا فسكت صار وكيلاً) لأن

على قوم بأعيانهم لا تقبل البينة عليه بدون الدعوى عند الكل، وإن كان الوقف على الفقراء أو على المسجد على قول أبي يوسف ومحمد تقبل البينة بدون الدعوى، وعلى قول أبي حنيفة لا تقبل اهـ قال قاضيخان رحمه الله: في فصل الاستحقاق: رجل باع داراً أو عقاراً ثم ادّعى أنه باعها بعدما وقف اختلف المشايخ فيه والأصح أنه لا تسمع دعواه كما لو ادّعى أنه باعه وهو لغيره، بخلاف ما لو باع عبداً ثم ادّعى أنه حر أو ادّعى أنه أعتقه ثم باعه فإنه تسمع دعواه اهـ **قوله: (وهو أصون وأحوط)** تبعه فيه العيني وباكير. **قوله: (وقال في الجامع الأصغر: إذا بيع متاع إنسان إلخ)** قال الشارح: في كتاب المأذون عند قوله ويثبت بالسكوت ما نصه بخلاف ما إذا سكت عندما رأى الأجنبي يبيع ماله لأنه توكيل، والوكيل يتصرف

سكوته وعدم ردّه من ساعته دليل القبول عادة، ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين فإنه إذا سكت صحت الهبة وسقط الدين لما بينا، وإن قال من ساعته: لا أقبل بطل وبقي الدين على حاله، **وكذا لو قال: جعلت أرضي عليك وقفاً** فسكت صح، ولو قال: لا أقبل بطل، وقال الأنصاري: الوقف لا يبطل بقوله: لا أقبل لأنه وقع للّه تعالى، والأشبه أن يكون هذا قول أبي يوسف رحمه اللّه لما عرف من أصله أنه يصير وقفاً بمجرّد قوله وقفت داري.

قال رحمه اللّه: (وكلها بطلاقها لا يملك عزلها) لأنه يمين من جهته لما فيه من معنى اليمين وهو تعليق الطلاق بفعلها فلا يصح الرجوع في اليمين وهو تمليك من جهتها لأن الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهي عاملة لنفسها فلا تكون وكيلة بخلاف الأجنبي.

قال رحمه اللّه: (وكلتك بكذا على أني متى عزلتك فأنت وكيلي يقول في عزله: عزلتك ثم عزلتك) أي ثم يقول: عزلتك لأن الوكالة يجوز تعليقها بالشرط فيجوز تعلقيها بالعزل عن الوكالة، فإذا عزله انعزل عن الوكالة المنجزة وتنجزت المعلقة فصار وكيلاً جديداً ثم بالعزل الثاني انعزل عن الوكالة الثانية.

قال رحمه اللّه: (ولو قال: كلما عزلتك فأنت وكيلي **يقول: رجعت عن الوكالة** المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة) لأنه لو عزله عن المنجزة من غير رجوع لصار وكيلاً مثل ما كان ولو عزله ألف مرة لأن كلمة كلما تقتضي تكرار الأفعال لا إلى

للموكل لا لنفسه والتوكيل لا يثبت بالسكوت اهـ **قوله: (وكذا لو قال: جعلت أراضي إلخ)** قال التمرتاشي في شرح الجامع الصغير في باب الاستحقاق: أقر بملك الرجل فصدقه يملكه ظاهراً، أما فيما بينه وبين اللّه تعالى فلا إن لم يسبق بينهما ما يوجب الملك، وفي شرح بكر إلا أن يسلمه المقر المقرّ به بطيبة من نفسه فيكون هبة مبتدأة، وفي المنتقى لك عليّ ألف ولا يعلم المقر له بذلك، ولم يحل له أخذه إلا أن يكون صغيراً فكبر، وفي حيل الحلواني بالإقرار كاذباً أهل يكون ناقلاً للملك فيه اختلاف، وفي أدب القاضي ادّعى أن ذا اليد أقر أن هذا الشيء له قيل: لا تسمع ما لم يدع أنه ملكي، وقالت العامة: تسمع اعتباراً بالشهادة على إقرار المدعى عليه أنه له، وإن لم يشهدوا أنه ملكه اهـ **قوله في المتن: (يقول رجعت عن الوكالة إلخ)** وإنما يقول: رجعت عن الوكالة احترازاً عن قول أبي يوسف فإن عنده العزل عن الوكالة المعلقة قبل وجود الشرط لا يصح، وقال محمد: يصح العزل عن الوكالة المعلقة قبل وجود الشرط والفتوى على قول محمد وقال السرخسي الأصح عندي، أن يقول:

---

(١) أخرجه الحاكم في مستدركه (٢ / ٦٥).

نهاية فلا يفيد العزل إلا بعد الرجوع حتى لو عزله ثم رجع عن المعلقة يحتاج إلى عزل آخر لأنه كما عزله صار وكيلاً فلا يفيد الرجوع بعد ذلك عن المعلقة في حقها لأنه يحتاج إلى عزل آخر بعد الرجوع، وقيل: يقول في عزله: كلما وكلتك فأنت معزول لأنه كلما صار وكيلاً انعزل فيحصل مقصوده بذلك والأوّل أوجه وهذا لا يفيد في الحقيقة لأنه انعزل كلما توكل لأجل اليمين الثانية بتوكيل أيضاً كلما انعزل لأجل اليمين الأولى فيبقى دائماً وكيلاً منعزلاً فلا ينقطع إلا بالرجوع عن الوكالة المعلقة على ما بينا.

قال رحمه اللّه: (قبض بدل الصلح شرط إن كان ديناً بدين) بأن وقع الصلح على دراهم عن دنانير أو عن شيء آخر في الذمة لأنه متى وقع الصلح على غير ما يستحقه الدائن بعقد/ المداينة وهو مال يحمل على المعاوضة، فإذا حمل على المعاوضة صار صرفاً أو بيعاً وفيه لا يجوز الافتراق عن الدين بالدين «لنهيه ﷺ عن الكالئ بالكالئ»(١) وقد بيناه من قبل في كتاب الصلح وغيره. [٢٩٤ب/٣]

قال رحمه اللّه: (وإلا لا) أي إن لم يكن ديناً بدين لا يشترط قبضه لأن الصلح إذا وقع على عين متعين لا يبقى ديناً في الذمة فجاز الافتراق عنه وإن كان مال الربا، كما إذا وقع الصلح على شعير بعينه عن حنطة من الذمة وقد بيناه من قبل.

قال رحمه اللّه: (ادَّعى رجل على صبي داراً فصالحه أبوه على مال الصبي، فإن كان للمدعي بينة جاز إن كان بمثل القيمة أو أكثر بما يتغابن فيه، وإن لم يكن له بينة أو كانت غير عادلة لا) لأنه متى كان للمدعي بينة وكان الصلح على مثل القيمة أو أكثر بقدر ما يتغابن فيه الناس كان للصبي فيه منفعة، وهي سلامة العين له لأنه لو لم يصالح يستحقه المدعي بالبينة فيأخذه فيكون هذا الصلح من الأب بمنزلة الشراء من المدعي فيقيد بالمثل وبقدر ما يتغابن فيه عادة لأنه لا يمكن التحرز عنه، وإن لم يكن للمدعي بينة أو كانت غير عادلة صار الأب متبرعاً بمال الصبي بالصلح لا مشترياً له لأنه لم يستحق المدعي شيئاً من ماله لولا الصلح فلا منفعة للصبي في هذا الصلح بل فيه ضرر فلا يجوز لأن الولاية نظرية، قال اللّه تعالى: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن﴾ [الأنعام: ١٥٢]، وإن كان الأب هو المدعي للصغير ولا بينة له يجوز كيفما كان، لأنه لم يثبت للصبي فيما ادَّعاه الأب له ملك، ولا معنى الملك وهو التمكن من الأخذ فكان محصلاً له مالاً من غير أن يخرج من ملك الصبي شيئاً بمقابلته فكان نفعاً محضاً، وإن كان له بينة عادلة لا يجوز إلا بالمثل وبأقل قدر

عزلتك عن هذه الوكلات فينصرف الحجر ذلك إلى المعلق والمنجز اهـ فتاوى قاضيخان.

ما يتغابن فيه لأنه صار في معنى الملك لتمكنه من الأخذ منه بالبينة العادلة، ووصي الأب في هذا كالأب لأنه قائم مقامه.

قال رحمه الله: (ولو قال: لا بينة لي فبرهن أو لا شهادة لي فشهد تقبل) ومعنى الأول أن يقول المدعي: ليس لي بينة على دعواي هذا الحق ثم جاء بالبينة تقبل لأن التوفيق بينهما ممكن بأن كانت له بينة فنسيها ثم ذكرها بعد ذلك أو كان لا يعلمها ثم علمها، وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنها لا تقبل لأنه أكذب بينته ومعنى الثاني أن يقول الشاهد: لا شهادة لفلان عندي في حق بعينه ثم شهد له به تقبل لأنه يقول: نسيت، وكذا إذا قال المدعي: ليس لي عند فلان شهادة ثم جاء به فشهد له تقبل شهادته، روي ذلك عن أبي حنيفة رضي الله عنه لأنه يحتمل أن يكون له شهادة قد نسيها أو لا يعلمها ثم علمها، ولهذا لو قال: لا أعلم لي حقاً على فلان ثم أقام البينة أن له عليه حقاً تقبل لإمكان الخفاء عليه فأمكن التوفيق بخلاف ما إذا قال: ليس لي عليه حق، ثم ادَّعى عليه حقاً حيث لا تسمع دعواه لأن المناقضة بين الإقرار والدعوى ثابتة فلا يمكن التوفيق بينهما، ونفي الحجة في هذا كنفي الشهادة لا كنفي الحق حتى إذا قال: لا حجة لي على فلان ثم أتى بحجة تقبل لأنه يقول: نسيت، ولو قال: هذه الدار ليست لي أو قال: ذلك لعبد ثم أقام بينة أن الدار أو العبد له تقبل بينته، لأنه لم يثبت بإقراره حقاً لأحد وكل إقرار لم يثبت به لغيره حقاً كان لغواً، ولهذا تصح دعوى الملاعن نسب ولد نفى بلعانه نسبه لأنه حين نفاه لم يثبت به حقاً لأحد.

قال رحمه الله: (للإمام الذي ولاه الخليفة أن يقطع إنساناً من طريق الجادّة إن لم يضر بالمارة) لأن للإمام ولاية التصرف في حق الكافة فيما فيه نظر للمسلمين، فإذا رأى في ذلك مصلحة لهم كان له أن يفعله من غير/ أن يلحق ضرراً بأحد، ألا ترى [٢٩٥ ا/٣] أنه إذا رأى أن يدخل بعض الطريق في المسجد أو بالعكس، وكان في ذلك مصلحة للمسلمين كان له أن يفعل ذلك والإمام الذي ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة لأنه نائبه فكان فيه مثله.

قال رحمه الله: (من صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباع ماله صح) أي جاز البيع لأنه لم يكره بالبيع وإنما باع باختياره غاية الأمر أنه صار محتاجاً إلى بيعه لإيفاء ما طلب منه، وذلك لا يوجب الكره كالمدين إذا حبس بالدين فباع ماله ليقضي بثمنه دينه فإنه يجوز لأنه باعه باختياره، وإنما وقع الكره في الإيفاء لا في البيع وقد تقدم مثله في التسعير.

قال رحمه الله: (خوّفها بالضرب حتى وهبته مهرها لم يصح إن قدر على

الضرب) لأنها مكرهة عليه إذ الإكراه على المال يثبت بمثله لأن التراضي شرط في تمليك الأموال والرضا ينتفي بمثله فلا يصح.

قال رحمه اللّه: (**وإن أكرهها** على الخلع وقع الطلاق ولا يسقط المال) لأن طلاق المكره واقع **ولا يلزم المال به** إذ الرضا شرط فيه على ما بينا من قبل في كتاب الإكراه.

قال رحمه اللّه: (**ولو أحالت إنساناً** على الزوج ثم وهبت المهر للزوج لا يصح) لأنه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن، **وإن كان أسوة الغرماء** عند موتها فيردّ تصرفها فيه فصار كما لو باع المرهون أو وهبه.

قال رحمه اللّه: (اتخذ بئراً في ملكه أو بالوعة فنز منها حائط جاره وطلب تحويله لم يجبر عليه، وإن سقط الحائط منه لم يضمن) لأنه تصرف في خالص حقه، ولأن هذا تسبيب وبه لا يجب الضمان إلا إذا كان متعدّياً كوضع الحجر على الطريق واتخاذ ذلك في ملكه ليس بتعدّ فلا يضمن.

قال رحمه اللّه: (عمر دار زوجته بماله بإذنها فالعمارة لها والنفقة دين عليها) لأن الملك لها وقد صح أمرها بذلك فينتقل الفعل إليها فتكون كأنها هي التي عمرته فيبقى على ملكها، وهو غير متطوّع في الإنفاق فيرجع عليها الصحة أمرها فصار كالمأمور بقضاء الدين.

قال رحمه اللّه: (ولنفسه بلا إذنها فله) أي إذا عمَّره لنفسه من غير إذن المرأة كانت العمارة له لأن الآلة التي بنى بها ملكه فلا تخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه فيبقى على ملكه ويكون غاصباً للعرصة وشاغلاً ملك غيره بملكه، فيؤمر بالتفريغ إن طلبت زوجته ذلك.

قال رحمه اللّه: (ولها بلا إذنها فالعمارة لها وهو متطوّع) أي إذا عمَّره لها بغير إذنها كان البناء لها وهو متطوع في البناء فلا يكون له الرجوع عليها به، ولأنه لا ولاية له في إيجاب ذلك عليها وقد ملكته هي برضاه فكان متبرعاً.

قال رحمه اللّه: (ولو أخذ غريمه فنزعه إنسان من يده لم يضمن) أي لا

قوله في المتن: (وإن أكرهها إلخ) أقول إن كان الفرض أن الزوج هو الذي أكرهها على قبول الخلع فكيف يعلل بأن طلاق المكره واقع، ولا يصح هذ التعليل إلا إذا قرئ إذا أكرها على الخلع أي الزوج والمرأة أي أكرههما إنسان اهـ **قوله: (ولا يلزم المال به)** أي بالإكراه اهـ **قوله: (ولا يلزم المال به)** أي بالإكراه اهـ **قوله في المتن: (ولو أحالت إنساناً)** أي أحالت بمهرها، أما إذا أطلقت الحوالة ثم وهبت المهر صح إذ لا منافاة اهـ **قوله: (وإن كان أسوة الغرماء)** أي إذا لم يقبض المحتال المحال به حتى مات المحيل فالمحتال أسوة الغرماء في الدين المحتال به،

يضمن النازع إذا هرب الغريم لأن النزع تسبيب وقد دخل بينه وبين ضياع حقه فعل فاعل مختار وهو هروبه فلا يضاف إليه التلف، كما إذا حل قيد العبد فأبق فإن الحالّ لا يضمن لأن التلف لم يحصل بفعله، وإنما حصل بفعل العبد مختاراً وكدلالة السارق على مال الغير فإن الدال لا يجب عليه الضمان لأن التلف حصل بفعل السرقة لا بالدلالة، وكمن أمسك هارباً من عدوّ حتى قتله العدوّ فإن الممسك لا يجب عليه الضمان فكذا هذا.

قال رحمه اللّه: (في يده مال إنسان فقال له سلطان: ادفع إليّ هذا المال وإلا أقطع يدك أو أضر بك خمسين فدفع لم يضمن) أي لم يضمن الدفع لأنه مكره عليه **فكان الضمان على الكره أو على الآخذ** أيهما شاء المالك إن كان الآخذ مختاراً وإلا فعلى المكره فقط.

قال رحمه اللّه: (وضع منجلاً في الصحراء ليصيد به حمار وحش وسمى عليه فجاء في اليوم الثاني ووجد الحمار مجروحاً/ ميتاً لم يؤكل) **لأن الشرط أن يذبحه إنسان أو يجرحه**، وبدون ذلك لا يحل وهو كالنطيحة أو المتردّية المذكورة في الآية **وتقييده باليوم الثاني وقع اتفاقاً** حتى لو وجده ميتاً من ساعته لا يحل لعدم شرطه. [٢٩٥ب/٣]

قال رحمه اللّه: (كره من الشاة الحياء والخصية والغدّة والمثانة والمرارة والدم المسفوح والذكر) لما روى الأوزاعي عن واصل بن أبي جميلة عن مجاهد قال: «كره

وقال زفر: يختص به المحتال وقد تقدم اهـ **قوله: (فكان الضمان على المكره أو على الآخذ)** أي فيما إذا أكرهه على أن يدفعه لإنسان اهـ **قوله: (لان الشرط أن يذبحه إنسان أو يجرحه)** قال العيني: لأن الشرط أن يجرحه إنسان أو يذبحه ولم يوجد اهـ **قوله: (وتقييده باليوم الثاني وقع اتفاقاً)** قال في الخلاصة في أواخر كتاب الذبائح: وفي الأصل التسمية عند الذبح شرط وفي الاصطياد عند الإرسال والرمي وإذا نصب الحديدة لأخذ الظبي تشترط التسمية عند الوضع وذكر صاحب المحيط وضع منجلاً ليصيد حمار الوحش ثم وجد حمار الوحش مجروحاً به ميتاً لا يحل قال الشيخ رحمه اللّه: وهذا الجواب إنما يحمل على ما إذا قعد عن الطلب لما أنه في الرواية الأخرى اعتبر التسمية عند النصب اهـ ما قاله في الخلاصة. قلت: ومسألة المتن وهي مسألة المحيط إلا أن عبارة المتن صريحة في غيبة الصائد لقوله فجاء في اليوم الثاني وعبارة المحيط محتملة ولما كانت المسألة التي ذكرها صاحب الخلاصة أوّلاً بقوله :وإذا نصب الحديدة إلخ مناقضة لمسألة المحيط حمل مسألة المحيط على ما إذا قعد عن الطلب يعني بأن غاب كما في الكنز ولا يخفى دفع التناقض بهذا الحمل وهو حمل حسن وعلى هذا ففي مسألة الكنز لو لم يغب الصائد عن الموضع الذي وضع به المنجل للحمار حل أكله إذا كان سمى عند وضع المنجل كما هو صريح المسألة الأولى التي ذكرها في

رسول الله ﷺ من الشاة الذكر والأنثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة والدم»[١] قال أبو حنيفة رضي الله عنه: الدم حرام وأكره الستة وذلك لقوله عز وجل: ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾ [البقرة: ١٧٣] الآية فلما تناوله النص قطع بتحريمه، وكره ما سواه لأنه مما تستخبثه الأنفس وتكرهه وهذا المعنى سبب الكراهية لقوله تعالى: ﴿ويحرّم عليهم الخبائث﴾ [الأعراف: ١٥٧] وروي أن ابن عمر رضي الله عنهما سئل عن القنفذ فتلا قوله تعالى: ﴿قل لا أجد فيما أوحي إليّ محرّماً على طاعم يطعمه﴾ [الأنعام:١٤٥] الآية، فقال شيخ عنده: سمعت أبا هريرة رضي الله عنه يقول: «ذكر القنفذ عند رسول الله ﷺ فقال: خبيث من الخبائث فقال ابن عمر رضي الله عنهما: إن كان رسول الله ﷺ قاله: فهو كما قاله»[٢]، ذكره القدوري.

قال رحمه الله: (للقاضي أن يقرض مال الغائب والطفل واللقطة) لأنه قادر على الاستخلاص فلا يفوت الحفظ به **بخلاف الأب والوصي** والملتقط لأنهم عاجزون عن استخلاص ذلك فيكون تضييعاً إلا أن الملتقط إذا أنشد اللقطة ومضى مدة النشدات ينبغي أن يجوز له الإقراض من فقير لأنه لو تصدّق به عليه في هذه الحالة جاز فالقرض أولى.

قال رحمه الله: (صبي حشفته ظاهرة بحيث لو رآه إنسان ظنه مختوناً، ولا يقطع جلدة ذكره إلا بتشديد ترك كشيخ أسلم وقال أهل النظر: لا يطيق الختان) لأن قطع جلده ذكره لتنكشف الحشفة فإن كانت الحشفة ظاهرة فلا حاجة إلى القطع وإن كانت توارى الحشفة يقطع الفضل، ولو ختن ولم يقطع الجلدة كلها ينظر فإن قطع أكثر من النصف يكون ختاناً لأن للأكثر حكم الكل، وإن قطع النصف فما دونه لا يعتدُّ به لعدم الختان حقيقة وحكماً، والأصل أن الختان سنة كما جاء في الخبر وهو

الخلاصة لكن تعليل الشارح رحمه الله بقوله لأن الشرط إلخ يقتضي عدم الحل مطلقاً أعني قعد الصائد عن الطلب بأن غاب أو لم يقعد وقول الشارح بعد هذا حتى لو وجده ميتاً من سعته إلخ صريح في عدم الحل مع أنه لم يقعد عن الطلب واقتضى كلام الشارح عدم اعتبار الرواية الأخرى التي اعتبر التسمية فيها عند النصب التي ذكرها في الخلاصة.

قوله: (بخلاف الأب والوصي إلخ) قال قاضيخان: لا يجوز للوصي إقراض مال اليتيم فإن أقرض كان ضامناً والقاضي يملك الإقراض واختلف المشايخ في الأب لاختلاف الروايتين

---

(١) ذكره ابن عدي في الكامل (٥/٩)، والدينوري في تأويل مختلف الحديث (٢٦٨).

(٢) أخرجه أبو داود في الأطعمة (٣٧٩٩)، وأحمد في مسنده (٨٧٣١) واللفظ له.

من شعائر الإسلام وخصائصه حتى لو اجتمع أهل مصر أو قرية على تركه يحاربهم الإمام فلا يترك إلا لضرورة وعذر الشيخ الذي لا يطيق ذلك ظاهر فيترك.

قال رحمه الله: (ووقته سبع سنين) أي وقت الختان سبع سنين، وقيل: لا يختتن حتى يبلغ لأن الختن للطهارة ولا طهارة عليه قبله فكان إيلاماً قبله من غير حاجة، وقيل: أقصاه اثنتا عشرة سنة، وقيل: تسع سنين وقيل: وقته عشر سنين لأنه يؤمر بالصلاة إذا بلغ عشراً اعتياداً وتخلقاً فيحتاج إلى الختان لأنه شرع للطهارة، وقيل: إن كان قوياً يطيق ألم الختان ختن وإلا فلا وهو أشبه بالفقه، وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا علم لي بوقته ولم يرو عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فيه شيء، وإنما المشايخ اختلفوا فيه وختان المرأة ليس بسنة، وإنماهو مكرمة للرجال لأنه ألذ في الجماع وقيل: سنة والأصل أن إيصال الألم إلى الحيوان لا يجوز شرعاً إلا لمصالح تعود عليه، وفي الختان إقامة السنة وتعود إليه أيضاً مصلحته لأنه جاء في الحديث الختان سنة يحارب على تركها وكذا يجوز كي الصغير وبط قرحته وغيره من المداواة، وكذا يجوز ثقب أذن البنات الأطفال لأن فيه منفعة الزينة، وكان يفعل ذلك في زمنه عليه الصلاة والسلام إلى يومنا هذا من غير نكير، والحامل لا تفعل ما يضر بالولد / [٢٩٦/١ /٣] ، ولا ينبغي لها أن تحتجم ما لم يتحرك الولد، فإذا تحرّك فلا بأس به ما لم تقرب الولادة فإذا قربت فلا تحتجم لأنه يضره، وأما الفصد فلا تفعله مطلقاً ما دامت حبلى لأنه يخاف على الولد منه، وكذا يجوز فصد البهائم وكيها وكل علاج فيه منفعة لها، وجاز قتل ما يضر من البهائم كالكلب العقور والهرة إذا كانت تأكل الحمام والدجاج لإزالة الضرر ويذبحها ذبحاً ولا يضر بها لأنه لا يفيد فيكون تعذيباً لها بلا فائدة.

قال رحمه الله: (والمسابقة بالفرس والإبل والأرجل والرمي جائزة) لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا سبق إلا في خف أو نصل أو حافر**»[1] و«**أذن رسول الله ﷺ لسلمة**

عن أبي حنيفة والصحيح أن الأب بمنزلة الوصي لا بمنزلة القاضي اهـ **قوله: (لا سبق إلا في خف أو نصل أو حافر)** قال العيني في شرحه: قلت: وتجوز أيضاً بالحمير والبغال لأن الحافر يشملهما اهـ قلت: يؤيده قوله: في المجمع والمختار وتجوز المسابقة على الإقدام والخيل والبغال والحمير والإبل والرمي قال في الاختيار: والأصل فيه حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: لا سبق إلا في خف أو نصل أو حافر والمراد بالخف الإبل وبالنصل الرمي وبالحافر الفرس والبغل والحمار اهـ فهذا كما ترى صريح في جواز المسابقة على البغال

---

(١) أخرجه الترمذي في الجهاد (١٧٠٠)، وأبو داود في الجهاد (٢٥٧٤)، وأحمد في مسنده (٩٧٨٨)، والنسائي في الخيل (٣٥٨٥).

ابن الأكوع أن يسابق رجلاً أنصارياً كان لا يسبق شداً فسبقه سلمة بن الأكوع»[١]، وقال الزهري: كانت المسابقة بين أصحاب رسول الله ﷺ بالخيل والركاب والأرجل، ولأن الغزاة يحتاجون إلى رياضة خيلهم وأنفسهم والتعليم للكر والفر مباح.

قال رحمه الله: (وحرم شرط الجعل من الجانبين لا من أحد الجانبين) لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ «**سبق بالخيل** وراهن»[٢] ومعنى شرط الجعل من الجانبين أن يقول: إن سبق فرسك فلك عليّ كذا، وإن سبق فرسي فلي عليك كذا وهو قمار فلا يجوز، لأن القمار من القمر الذي يزاد تارة وينقص أخرى وسمي القمار قماراً لأن كل واحد من المقامرين ممن يجوز أن يذهب ماله إلى صاحبه، ويجوز أن يستفيد مال صاحبه فيجوز الازدياد والانتقاص في كل واحد منهما فصار قماراً وهو حرام بالنص، ولا كذلك إذا شرط من جانب واحد بأن يقول: إن سبقتني فلك عليّ كذا، وإن سبقتك فلا شيء لي عليك لأن النقصان والزيادة لا يمكن فيهما وإنما في أحدهما يمكن الزيادة وفي الآخر النقصان فقط فلا يكون مقامرة، لأن المقامرة مفاعلة منه فتقتضي أن تكون من الجانبين وإذا لم يكن في معناه جاز استحساناً لما روينا، والقياس أن لا يجوز لما فيه من تعليق التمليك على الخطر، ولهذا لا يجوز فيما عدا الأربعة المذكورة في الكتاب كالبغل وإن كان الجعل مشروطاً من أحد الجانبين، **وفي الحديث إشارة إليه لأنه خصص هؤلاء به**، والمراد به الاستباق بالجعل لأن الاستباق بلا جعل يجوز في كل شيء ولا يمكن إلحاق ما شرط فيه الجعل به لأنه ليس في معناه لأن المانع فيه من وجهين القمار والتعليق بالخطر

والحمير لكن صرح الزيلعي في الصفحة الآتية بأن المسابقة لا تجوز فيما عدا الأربعة المذكورة في المتن كالبغل وإن كان الجعل مشروطاً من أحد الجانبين والعجب من العيني سامحه الله تعالى أنه صرح بجواز المسابقة على الحمير والبغال ثم بعد أربعة أسطر ذكر ما قاله الزيلعي من عدم جواز المسابقة فيما عدا الأربعة المذكورة والله الموفق اهـ وكتب على قوله لا سبق السبق بفتح الباء ما يجعل من المال رهناً على المسابقة وبالسكون مصدر سبقت أسبق المعنى لا يحل أخذ المال بالمسابقة إلا في هذه الثلاثة وهي الإبل والخيل والسهام وقد ألحق بها الفقهاء ما كان بمعناها قال الخطابي الرواية الصحيحة بفتح الباء اهـ ابن الأثير. **قوله**: (**وأذن رسول الله ﷺ لسلمة بن الأكوع أن يسابق رجلاً إلخ**) هذا دليل على جواز المسابقة على الأقدام اهـ **قوله**: (**سبق بالخيل**) سبق بالتشديد التزم السبق وهو ما يتراهن عليه اهـ من خط الشارح. **قوله**: (**وفي الحديث إشارة إليه لأنه خصص هؤلاء به**) فيه نظر

---

(١) أخرجه مسلم في الجهاد والسير (١٨٠٧)، وأحمد في مسنده (١٦١٠٤).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٥٣٢٥).

وفي الآخر من وجه واحد وهو التعليق بالخطر لا غير فليس بمثل له حتى يقاس عليه، وشرطه أن تكون الغاية مما يحتملها الفرس، وكذا شرطه أن يكون في كل واحد من الفرسين احتمال السبق، أما إذا علم أن أحدهما يسبق لا محالة فلا يجوز لأنه إنما جاز للحاجة إلى الرياضة على خلاف القياس وليس في هذا إلا إيجاب المال للغير على نفسه بشرط لا منفعة فيه فلا يجوز، ولو شرطا الجعل من الجانبين وأدخلا ثالثاً محللاً جاز إذا كان فرس المحلل كفءاً لفرسيهما يجوز أن يسبق أو يسبق وإن كان يسبق لا محالة فلا يجوز، لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أدخل فرساً بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فلا بأس به، ومن أدخل فرساً بين فرسين وهو آمن أن يسبق فهو قمار»[1] رواه أحمد وأبو داود وغيرهما، وصورة إدخال المحلل أن يقولا للثالث: إن سبقتنا فالمالان لك، وإن سبقناك فلا شيء لنا عليك ولكن الشرط الذي شرطاه بينهما وهو أيهما سبق كان له الجعل على صاحبه باقٍ على حاله، فإن غلبهما أخذ المالين، وإن غلباه فلا شيء لهما عليه ويأخذ أيهما غلب المال المشروط له من صاحبه، وإنما جاز/ هذا لأن الثالث لا يغرم على التقادير كلها قطعاً ويقيناً، وإنما يحتمل أن يأخذ أو لا يأخذ فخرج بذلك من أن يكون قماراً فصار كما إذا شرط من جانب واحد، لأن القمار هو الذي يستوي فيه الجانبان في احتمال الغرامة على ما بيناه، ولو قال واحد من الناس لجماعة من الفرسان أو للاثنين: فمن سبق فله كذا من مال نفسه أو قال للرماة: من أصاب الهدف فله كذا جاز، لأنه من باب التنفيل فإذا كان التنفيل من بيت المال كالسلب ونحوه يجوز فما ظنك بخالص ماله فصار أنواع السبق أربعة **ثلاثة منها جائزة وواحد منها لا يجوز**، وقد ذكرنا الجميع ويعرف ذلك بالتأمل، وعلى هذا الفقهاء إذا تنازعوا في المسائل وشرط للمصيب منهم جعل جاز ذلك إذا لم يكن من الجانبين على ما ذكرنا في الخيل، لأن المعنى يجمع الكل إذ التعليم في البابين يرجع إلى تقوية الدين وإعلاء كلمة الله، والمراد بالجواز المذكور في باب المسابقة الحل دون الاستحقاق حتى لو امتنع المغلوب من الدفع لا يجبره القاضي ولا يقضي عليه به.

[٢٩٦ ب/٣]

لأن قوله عليه الصلاة والسلام أو حافر يدخل فيه البغل والحمار فلا وجه لما ذكره من التخصيص هذا ما ظهر لي حال المطالعة والله الموفق. **قوله**: (**ثلاثة منها جائزة**) وهي اشتراط الجعل من جانب واحد أو من جانبين وبينهما محلل أو كان الجعل من أجنبي لأيهما سبق اهـ **قوله**: (**وواحد منها لا يجوز**) وذلك إذا شرطا الجعل من الجانبين بلا اشتراط محلل اهـ.

---

(١) أخرجه أبو داود في الجهاد (٢٥٧٩)، وابن ماجه في الجهاد (٢٨٧٦)، وأحمد في مسنده (١٠١٧٩).

قال رحمه اللّه: (ولا يصلي على غير الأنبياء والملائكة إلا بطريق التبع) لأن في الصلاة من التعظيم ماليس في غيرها من الدعوات وهي لزيادة الرحمة والقرب من اللّه تعالى، ولا يليق ذلك بمن يتصوّر منه الخطايا والذنوب، وإنما يدعي له العفو والمغفرة والتجاوز إلا تبعاً بأن يقول: اللهم صلِّ على محمد وآله وصحبه ونحوه، لأن فيه تعظيم النبي ﷺ واختلفوا في الترحم على النبي ﷺ بأن يقول: اللهم ارحم محمداً قال بعضهم: لا يجوز لأنه ليس فيه ما يدل على التعظيم مثل الصلاة، ولهذا يجوز أن يدعى بهذا اللفظ لغير الأنبياء والملائكة عليهم الصلاة والسلام وهو مرحوم قطعاً فيكون تحصيل الحاصل، وقد استغنينا عن هذه بالصلاة فلا حاجة إليها وقال بعضهم: يجوز لأن النبي ﷺ كان من أشوق العباد إلى مزيد رحمة اللّه، ومعناها معنى الصلاة فلم يوجد ما يمنع من ذلك، ثم الأولى أن يدعو للصحابة بالرضا فيقول رضي اللّه عنهم: لأنهم كانوا يبالغون في طلب الرضا من اللّه تعالى، ويجتهدون في فعل ما يرضيه ويرضون بما يلحقهم من الابتلاء من جهته أشدّ الرضا فهؤلاء أحق بالرضا وغيرهم لا يلحق أدناهم ولو أنفق ملء الأرض ذهباً وللتابعين بالرحمة فيقول: رحمهم اللّه، ولمن بعدهم بالمغفرة والتجاوز فيقول: غفر اللّه لهم وتجاوز عنهم لكثرة ذنوبهم ولقلة اهتمامهم بالأمور الدينية.

قال رحمه اللّه: (والإعطاء باسم النيروز والمهرجان لا يجوز) أي الهدايا باسم هذين اليومين حرام بل كفر، وقال أبو حفص الكبير رحمه اللّه: لو أن رجلاً عبد اللّه خمسين سنة ثم جاء يوم النيروز وأهدى لبعض المشركين بيضة يريد به تعظيم ذلك اليوم فقد كفر وحبط عمله، وقال صاحب الجامع الأصغر: إذا أهدى يوم النيروز إلى مسلم آخر ولم يرد به التعظيم لذلك اليوم ولكن ما اعتاده بعض الناس لا يكفر، ولكن ينبغي أن لا يفعل ذلك في ذلك اليوم خاصة ويفعله قبله أو بعده كي لا يكون تشبهاً أولئك القوم، وقد قال رسول اللّه ﷺ: «من تشبه بقوم فهو منهم»(١)، وقال في الجامع الأصغر: رجل اشترى يوم النيروز شيئاً لم يكن يشتريه قبل ذلك إن أراد به تعظيم ذلك اليوم كما يعظمه المشركون كفر، وإن أراد الأكل والشرب والتنعم لا يكفر.

[٢٩٧ أ/٣] قال رحمه اللّه: (ولا بأس بلبس القلانس/) لما روي أن النبي ﷺ «كان له قلانس يلبسها»(٢) وقد صح ذلك ذكره في الذخيرة.

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) مثال ذلك ما أخرجه الحاكم في مستدركه من حديث أبي الدرداء (٣/٣٨١)، وأحمد في مسنده من حديث سيدنا عمر بن الخطاب (١/٢٣).

قال رحمه الله: (وندب لبس السواد وإرسال ذنب العمامة بين كتفيه إلى وسط الظهر) لأن محمداً رحمه الله ذكر في السير الكبير في باب الغنائم حديثاً يدل على أن لبس السواد مستحب، وإن من أراد أن يجدّد اللف لعمامته ينبغي له أن ينقضها كوراً كوراً، فإن ذلك أحسن من رفعها عن الرأس وإلقائها في الأرض دفعة واحدة، وأن المستحب إرسال ذنب العمامة بين الكتفين، واختلفوا في مقدار الذنب قيل: شبر وقيل: إلى وسط الظهر وقيل: إلى موضع الجلوس وكان محمد رحمه الله يتعمم بالعمامة السوداء فدخلت عليه يوماً مستورة فبقيت تنظر إلى وجهه وهي متحيرة، فقال لها: ما شأنك فقالت: أتعجب من بياض وجهك تحت سواد عمامتك فوضعها من رأسه ولم يتعمم بالعمامة السوداء بعد ذلك، ويكره لبس المعصفر والمزعفر لما «روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: نهاني رسول الله ﷺ عن لبس المعصفر وقال إياكم والحمرة فإنها زيّ الشيطان»[١]، ويستحب للرجل أن يلبس أحسن الثياب **وكان أبو حنيفة رضي الله عنه يوصي أصحابه** بذلك، ويلبس رداء بأربعمائة دينار، وأباح الله تعالى الزينة بقوله تعالى: ﴿قل من حرّم زينة الله التي أخرج لعباده﴾ [الأعراف: ٣٢]، وقال عليه الصلاة والسلام: «إن الله تعالى إذا أنعم على عبد أحب أن يرى آثار نعمته عليه»[٢]، وقد خرج رسول الله ﷺ وعليه رداء قيمته ألف درهم وربما قام إلى الصلاة وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم.

قال رحمه الله: (وللشاب العالم أن يتقدّم على الشيخ الجاهل) لأنه أفضل منه قال الله تعالى: ﴿هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون﴾ [الزمر: ٩] ولهذا يقدم في الصلاة وهي أحد أركان الإسلام وهي تالية الإيمان، وقال الله تعالى: ﴿أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم﴾ [النساء: ٥٩] والمراد بأولي الأمر العلماء في أصح الأقوال والمطاع شرعاً مقدم، وكيف لا يقدّمون والعلماء ورثة الأنبياء عليهم الصلاة والسلام على ما جاءت به السنة.

قوله: (وكان أبو حنيفة يوصي أصحابه إلخ) قيل: لأبي حنيفة أليس عمر كان يلبس قميصاً عليه، كذا كذا رقعة قال: ذاك لحكمة وهو أنه أمير المؤمنين فلو لبس ثياباً نفيسة أو اتخذ لنفسه ألواناً من الطعام لاقتدى به عماله في ذلك، وربما لا يكون لهم ذلك فيأخذون ظلماً فاختار ذلك لهذه المصلحة اهـ.

---

(١) أخرجه فيما معناه أبو داود في سننه (٤/٥٣)، وأحمد في مسنده (١/١٠٥).

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (١٥٤٦٢).

قال رحمه اللّه: (ولحافظ القرآن أن يختم في كل أربعين يوماً) لأن المقصود من قراءة القرآن فهم معانيه والاعتبار بما فيه لا مجرّد التلاوة، قال اللّه تعالى: ﴿أفلا يتدبرون القرآن أم على قلوب أقفالها﴾ [محمد: ٢٤]، وذلك يحصل بالتأني لا بالتواني في المعاني فقدّر للختم أقله بأربعين يوماً كل يوم حزب ونصف أو ثلثي حزب أو أقل واللّه أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

كتاب الفرائض

وهي جمع فريضة، والفرض التقدير يقال: فرض القاضي النفقة أي قدّرها، وسمي هذ العلم فرائض لأن اللّه تعالى قدّره بنفسه، ولم يفوّض تقديره إلى ملك مقرّب ولا نبي مرسل وبيَّن نصيب كل واحد من النصف والربع والثمن والثلثين والثلث والسدس بخلاف سائر الأحكام كالصلاة والزكاة والحج وغيره، فإن االنصوص فيها مجملة كقوله تعالى: ﴿أقيموا الصلاة وآتو الزكاة ولله على الناس حج البيت﴾ [آل عمران: ٩٧]، وإنما السنة بينتها، ثم اعلم أن هذا العلم من أشرف العلوم، وقد جاءت النصوص به وبالحث على تعليمه وتعلمه، «قال رسول اللّه ﷺ: العلم ثلاثة وما سوى ذلك فضل آية محكمة أو سنة قائمة أو فريضة عادلة»[١]، وقال رسول اللّه ﷺ: «تعلموا الفرائض وعلموها الناس **فإنه نصف العلم** وهو ينسى وهو أوّل شيء ينزع من أمتي»[٢]، وقال عليه الصلاة والسلام: «تعلموا الفرائض **وعلموه** الناس فإني امرؤ مقبوض والعلم مرفوع»[٣]، ويوشك أن يختلف اثنان في الفريضة والمسألة فلا يجدان أحداً يخبرهما/، فجعله عليه الصلاة والسلام نصف العلم مع صغر حجمه [٢٩٧ب/٣] وقلة مسائله فلولا أنه من أشرف العلوم لما قابل الكل وهذا كالحسيات فإن الشيء القليل من الجواهر وغيرها إنما يقابل الكثير ويساويه إذا كان القليل أشرف منه، ومعنى النصف إما باعتبار أحوال الحياة والممات وهذا العلم مختص بحاله الممات وغيره بالحياة أو باعتبار أسباب الملك فإنها جبرية أو اختيارية فالأوّل الميراث، والثاني غيره من أسباب الملك.

قال رحمه اللّه: (**يبدأ من تركة الميت** بتجهيزه) والمراد من التركة ما تركه الميت خالياً عن تعلق حق الغير بعينه وإن كان حق الغير متعلقاً بعينه كالرهن والعبد الجاني والمشتري قبل القبض، فإن صاحبه يقدّم على التجهيز كما في حال حياته، فحاصله أنه معتبر بحال حياته فإن المرء يقدم نفسه في حياته فيما يحتاج إليه من

كتاب الفرائض

قوله: (فإنه نصف العلم) كذا هو بخط الشارح اهـ **قوله: (وعلموه)** كذا هو بخط

---

(١) أخرجه أبو داود في الفرائض (٢٨٨٥)، وابن ماجه في المقدمة (٥٤).

(٢) أخرجه ابن ماجه في الفرائض (٢٧١٩).

(٣) أخرجه الدارمي في المقدمة (٢٢١).

النفقة والسكنى والكسوة على أصحاب الديون ما لم يتعلق حق الغير بعين ماله، فكذا بعد وفاته يقدم تجهيزه من غير تقتير ولا تبذير وهو قدر كفن الكفاية أو كفن السنة أو قدر ما كان يلبسه في حياته من أوسط ثيابه أو من الذي كان يتزين به في الأعياد والجمع والزيارات على ما اختلفوا فيه لقوله تعالى: ﴿والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواماً﴾ [الفرقان: ٦٧] وهو محترم حياً وميتاً فلا يجوز كشف عورته، وفي الأثر لعظام الميت من الحرمة ما لعظام الحي.

قال رحمه الله: **(ثم ديونه)** لقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ [النساء: ١١] قال علي كرّم الله وجهه: إنكم تقرؤون الوصية مقدمة على الدين وقد شهدت النبي ﷺ قدّم الدين على الوصية، ولأن الدين واجب ابتداء والوصية تبرع والبداية بالواجب أولى والتقديم ذكراً لا يدل على التقديم فعلاً، والمراد بالدين دين له مطالب من جهة العباد لا دين الزكاة والكفارات ونحوها لأن هذه الديون تسقط بالموت فلا يلزم الورثة أدؤها إلا إذا أوصى بها أو تبرعوا بها هم من عندهم، لأن الركن في العبادات نية المكلف وفعله وقد فات بموته فلا يتصوّر بقاء الواجب، يحققه أن الدنيا دار التكليف والآخرة دار الجزاء والعبادة اختيارية وليست بجبرية فلا يتصوّر بقاء الواجب، لأن الآخرة ليست بدار الابتلاء حتى يلزمه الفعل فيها ولا العبادة جبرية حتى يجتزأ بفعل غيره من غير اختياره فلم يبق الإجزاء لفعل أو تركة ضرورة، بخلاف دين العباد لأن فعله ليس بمقصود فيه ولا نيته، ألا ترى أن صاحب الدين لو ظفر بجنس حقه أخذه ويجتزأ بذلك ولا كذلك حق الله تعالى لأن المقصود فيها فعله ونيته ابتلاء والله غني عن ماله وعن العالمين جميعاً، غير أن الله تعالى تصدّق على العبد بثلث ماله في آخر عمره يضعها فيما فرّط فيه تفضلاً منه من غير حاجة إليه، فإن أوصى به قام فعل الورثة مقام فعله لوجود اختياره بالإيصاء وإلا فلا.

قال رحمه الله: (ثم وصيته) أي ثم تنفذ وصيته من ثلث ما بقي بعد التجهيز والدين لما تلونا، وفي أكثر من الثلث لا تجوز إلا بإجازة الورثة وقد بينه في كتاب الوصية ثم هذا ليس بتقديم على الورثة في المعنى بل هو شريك لهم حتى إذا سلم له شيء سلم للورثة ضعفه، أو أكثر، ولا بدّ من ذلك وهذا ليس بتقديم في الحقيقة بخلاف التجهيز والدين فإن الورثة والموصى له لا يأخذون إلا ما فضل منهما.

الشارح اهـ **قوله في المتن: (يبدأ بتركة الميت)** كذا بخط الشارح اهـ **قوله في المتن: (ثم دينه)** من جميع ما بقي من ماله إن وفت التركة به فبها، وإن لم توف يؤخر ما ثبت في المرض بإقراره عن سائر الديون، وباقي الديون سواء يأخذ كل ذي حق حقه بقدر حقه، اجتمعت الأمة على تقديم الدين على الوصية، وإن تقدمت في الآية لأن تقديمها والله أعلم ليهتم

قال رحمه اللّه: (ثم يقسم بين ورثته وهم ذو فرض أي ذو سهم مقدّر) لما تلونا، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلأولى عصبة ذكر»، وفي رواية/ «فلأولى رجل ذكر»(١)، وذلك على سبيل التأكيد كقوله تعالى: ﴿تلك عشرة كاملة﴾ [البقرة: ١٩٦] وكقوله تعالى: ﴿ولا طائر يطير بجناحيه﴾ [الأنعام: ٣٨]. [٢٩٨/٣/١]

قال رحمه اللّه: (فللأب السدس مع الولد أو ولد الابن) لقوله تعالى: ﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك﴾ [النساء:١١] إن كان له ولد جعل له السدس مع الولد وولد الابن ولد شرعاً بالإجماع، قال تعالى: ﴿يا بني آدم﴾ [الأعراف: ٢٧] وكذلك عرفاً، قال الشاعر:

بنـونا بنـو أبنائـنا وبناتنـا بنوهنّ أبناء الرجال **الأجانب**(٢)

وليس دخول ولد الابن في الولد من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز بل هو من باب عموم المجاز، أو عرف كون حكم ولد الابن كحكم الولد بدليل آخر وهو الإجماع، وجميع أحوال الأب في الفرائض ثلاث، إحداها الفرض المطلق وهو السدس وذلك مع الابن أو ابن الابن وإن سفل لما تلونا، والحالة الثانية الفرض والتعصيب وذلك مع البنت أو بنت الابن الفرض لما تلونا والتعصيب لما روينا، والحالة الثالثة التعصيب المطلق، وذلك إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن لقوله تعالى: ﴿فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾ [النساء:١١] فذكر فرض الأمّ وجعل الباقي له دليل على أنه عصبة.

قال رحمه اللّه: (والجد كالأب إن لم يتخلل في نسبته إلى الميت أم إلا في ردّها إلى ثلث ما بقي وحجب أمّ الأب فيحجب الإخوة) أي الجد كالأب إن لم يدخل في نسبته إلى الميت أنثى وهو الجد الصحيح إلا في مسألتين: إحداهما في ردّ أمّ الميت من ثلث الجميع إلى ثلث ما يبقى في زوج وأبوين أو زوجة وأبوين فإن الأب يردّها إليه لا الجد، وفي حجب أمّ الأب يحجبها دون الجد، وإن تخلل في نسبته إلى الميت أمّ كان فاسداً فلا يرث إلا على أنه من ذوى الأرحام لأن تخلل الأمّ في

بتنفيذها حيث تهاون الناس فيه اهـ مسكين. **قوله: (الأباعد)** الذي بخط الشارح الأجانب اهـ.

---

(١) أخرجه البخاري في الفرائض (٦٧٣٢)، ومسلم في الفرائض (١٦١٥)، والترمذي في الفرائض (٢٠٩٨)، وأحمد في مسنده (٢٦٥٢).

(٢) البيت من الطويل وهو للفرزدق (٢/ ٤٠٥) شواهد اللغة العربية.

النسبة يقطع النسب إذ النسب إلى الآباء لأن النسب للتعريف والشهرة وذلك يكون بالمشهور، وهو الذكور دون الإناث، وقوله: كالأب يعني عند عدم الأب لأن الجد يسمى أباً قال اللّه تعالى حاكياً عن يوسف عليه الصلاة والسلام: ﴿واتبعت ملة آبائي إبراهيم وإسحاق ويعقوب﴾ [يوسف: ٣٨]، وكان إسحاق جده وإبراهيم جد أبيه، وقال تعالى: ﴿يا بني آدم لا يفتننكم الشيطان كما أخرج أبويكم من الجنة﴾ [الأعراف: ٢٧] وهو آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام فإذا كان أباً دخل في النص إما بطريق عموم المجاز أو بالإجماع على نحو ما ذكرنا في الولد فكان له الأحوال الثلاث التي ذكرناها في الأب، وله حالة رابعة وهو السقوط بالأب لأنه أقرب منه ويدلي به فلا يرث معه وإنما يقوم مقامه عند عدمه، وقوله: فيحجب الإخوة أي الجد يحجب الإخوة كالأب لأنه قائم مقامه، وهذا على إطلاقه قول أبي حنيفة رضي اللّه عنه على ما يجيء بيانه إن شاء اللّه تعالى.

قال رحمه اللّه: (وللأمّ الثلث) وذلك عند عدم الولد وولد الابن لما تلونا، وعند عدم الاثنين من الإخوة والأخوات على ما نبين.

قال رحمه اللّه: (ومع الولد أو ولد الابن أو الاثنين من الإخوة والأخوات لا) أي مع واحد من هؤلاء المذكورين لا ترث الثلث، وإنما ترث السدس لما تلونا ولقوله تعالى فإن كان له إخوة فلأمّه السدس فاسم الولد في المتلو أولاً يتناول الولد وولد الابن على ما بينا، وكذلك الذكر والأنثى ولفظ الجمع في الإخوة يطلق على اثنين فتحجب بهما من الثلث إلى السدس من أيّ جهة كانا أو من جهتين، لأن لفظ الإخوة يطلق على الكل وهذا قول جمهور الصحابة رضي اللّه عنهم، وروي عن ابن عباس رضي اللّه عنهما أنه لم تحجب الأم من الثلث إلى السدس إلا بثلاثة منهم عملاً بظاهر الآية فإن الإخوة جمع وأقله ثلاثة، وللجمهور أن الجمع يطلق على المثنى قال اللّه تعالى: ﴿وهل أتاك نبأ الخصم إذ تسوّروا المحراب إذ دخلوا على داود ففزع منهم قالوا لا تخف خصمان/ بغى بعضنا على بعض﴾ [ص:٢٢] فأعاد ضمير الجمع في [٢٩٨ب/٣] تسوّروا ودخلوا وفي منهم وقالوا: على اثنين وهما الملكان اللذان دخلا عليه في صورة متحاكمين، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿خصمان﴾ ومثل هذا كثير شائع في كلام العرب.

قال رحمه اللّه: (ومع الأب وأحد الزوجين ثلث الباقي بعد فرض أحدهما) فيكون لها السدس مع الزوج والأب والربع مع الزوجة والأب لأنه هو ثلث الباقي بعد فرض أحد الزوجين فصار للأمّ ثلاثة أحوال ثلث الكل وثلث ما يبقى بعد فرض أحد الزوجين والسدس، وقد ذكرنا الكل بتوفيق اللّه تعالى، وابن عباس رضي اللّه عنهما لا

يرى ثلث الباقي بل يورّثها ثلث الكل والباقي للأب وخالف فيه جمهور الصحابة رضي اللّه عنهم، ووجهه أن اللّه تعالى نص على فرضين للأم الثلث والسدس فلا يجوز إثبات فرض ثالث بالقياس، وكذا قال عليه الصلاة والسلام «ألحقوا الفرائض بأهلها»(١)، والأم صاحبة فرض والأب عصبة في هذه الحالة على ما بينا، والجواب عنه أن اللّه تعالى جعل للأم ثلث ما ترثه هي والأب عند عدم الولد والإخوة لا ثلث الكل، بقوله تعالى: ﴿وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾ [النساء: ١١] أي ثلث ما يرثانه والذي يرثانه مع أحد الزوجين هو الباقي من فرضه، ولأنها لو أخذت ثلث الكل يكون نصيبها ضعف نصيب الأب مع الزوج أو قريباً من نصيبه مع الزوجة والنص يقتضي تفضيله عليها بالضعف إذا لم يوجد الولد والإخوة ولهذا قال ابن مسعود رضي اللّه عنه في الردّ عليه: ما أراني اللّه تفضيل الأنثى على الذكر، وقال زيد رضي اللّه عنه: لا أفضل الأنثى على الذكر، ومرادهما عند الاستواء في القرابة والقرب، وأما عند الاختلاف فلا يمتنع تفضيل الأنثى على الذكر، ولهذا لو كان مكان الأب جدّ كان للأم ثلث الجميع فلا يبالي بتفضيلها عليه لكونها أقرب منه، وعند أبي يوسف رحمه اللّه لها ثلث الباقي أيضاً مع الجدّ وهو مروي عن عمر وابن مسعود رضي اللّه عنهما فإنهما ما كان يفضلان الأم على الجدّ.

قال رحمه اللّه: (وللجدّات وإن كثرن السدس إن لم يتخلل جدّ فاسد في نسبتها إلى الميت) وكن متحاذيات في الدرجة، والكلام في الجدّات في مواضع ترتيبهن ومعرفة الصحيحة من الفاسدة منهن، وفي قدر ميراثهن وفيما يسقطن به فالأوّل كل شخص له جدتان أمّ أمّ وأمّ أب ولأبيه وأمه كذلك وهكذا لكل واحد من الأصول إلى أن ينتهي إلى آدم وحوّاء عليهما الصلاة والسلام فالصحيحة منهن من لا يتخلل في نسبتها إلى الميت ذكر بين أنثيين والفاسدة من يتخلل في نسبتها، ذلك إذ كل أب يدلي إلى الميت بأنثى جد فاسد فمن يدلي به يكون فاسداً ذكراً كان أو أنثى وعند سعد بن أبي وقاص رضي اللّه عنه الفاسدة من تدلي بذكر مطلقاً، وإذا أردت تنزيل عدد من الجدات الوارثات المتحاذيات فاذكر أوّلاً لفظة أمّ أمّ بمقدار العدد الذي تريده ثم تقول: ثانياً أمّ أمّ وتجعل مكان الأم الأخيرة أباً ثم في كل مرة تبدل مكان الأم أباً على الولاء إلى أن تبقى لفظة أم مرة مثاله إذا سئلت عن أربع جدات وارثات متحاذيات فقل: أمّ أمّ أمّ أمّ بقدر عددهن لإثبات الدرجة التي يتصور أن يجتمعن فيها فإنهن لا يتصور أن يجتمعن فيها إلا إذا ارتفعن قدر عددهن من الدرجات، فأربع جدات وارثات لا يتصور اجتماعهن إلا في الدرجة الرابعة فتقول: أمّ

---

(١) تقدم تخريجه.

أمّ أمّ أمّ أربع مرات فهذه واحدة منهن وهي من جهة الأم ولا يتصوّر من جهتها أكثر من واحدة، ثم تأتي بواحدة أخرى من جهة الأب في درجتها فتقول: أمّ أمّ أمّ الأب ثم تأتي بأخرى من جهة الجد فتقول: أمّ أمّ أبي الأب ثم تأتي بأخرى من جهة جد / الأب [٢٩٩/أ ٣] فتقول: أم أبي أبي الأب ولا يتصور أن يجتمع الوارثات في هذه الدرجة أكثر من ذلك لأن كل جد صحيح أمه وارثة وكذا أم أمه، وإن علت ولا يتصور أن تكون جدة وارثة من كل أب إلا واحدة فتحتاج أن تأتي من الآباء قدرهن عدداً إلا واحدة وهي التي من جهة الأم فإنها لا تدلي بذكر، والثانية تدلي بالأب فلهذا حذفت في النسبة الثانية أماً واحدة وأبدلت مكانها أباً والثالثة تدلي بالجدّ فلهذا أسقطت أمين وأبدلت مكانهما أبوين، الرابعة تدلي بجد الأب فلهذا أسقطت ثلاث أمهات وأبدلت مكانهن ثلاثة آباء فهذا طريقه في أكثر منهن إلى ما لا يتناهى، وهذا لمعرفة الصحيحات في هذه الدرجة وإذا أردت أن تعرف ما بإزاء الصحيحات من الفاسدات فحد عدد الصحيحات واجعله بيمينك واطرح منه اثنين واجعلهما بيسارك ثم ضعف ما في يسارك بعدد ما بقي في يمينك فالمبلغ عدد الجدات الصحيحات والفاسدات جميعاً، فإذا أسقطت منه عدد الصحيحات فالباقيات هي الفاسدات، مثاله إذا سئلت عن أربع جدات صحيحات كم بإزائهن من الفاسدات فخذ أرّبعة بيمينك واطرح منها اثنين فخذهما بيسارك فإذا ضعفت هذا المطروح بعدد ما بقي في يمينك صار ثمانية وهو عدد مبلغ الجدات أجمع في هذه الدرجة، فإذا أسقطت عدد الصحيحات وهن أربع بقيت أربع وهن الفاسدات وميراثهن السدس وإن كثرن يشتركن فيه لما روي عن عبادة بن الصامت أن رسول اللّه ﷺ «قضى بين الجدتين إذا اجتمعتا بالسدس بالسوية»[١] وأبو بكر الصديق رضي اللّه عنه شرّك بين الجدتين في السدس وسنذكر ما يسقطن به.

قال رحمه اللّه: (وذات جهتين كذات جهة) أي إذا ترك جدتين إحداهما ذات جهتين، والأخرى ذات جهة واحدة فهما سواء حتى يقسم السدس بينهما نصفين وهذا عند أبي يوسف، وعند محمد تستحق بالجهتين فيقسم السدس بينهما أثلاثاً ثلثاه لذات الجهتين، وثلثه لذات جهة واحدة، لأن اختلاف جهة القرابة كاختلاف الأشخاص في حكم الميراث، ألا ترى أن ابني العم إذا كان أحدهما أخاً من أم يجعل الأخ كشخصين حتى يأخذ السدس بالإخوة وخمسة الأسداس بينهما بالعصوبة، وكذا إذا كان أحدهما زوجاً أخذ بالجهتين، وكذا إذا اجتمع في المجوسي قرابتان ورث بهما، ولأبي يوسف رحمه اللّه أن توريث الجدات بمعنى واحد فلا يتعدّد

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٢٢٢٧٢).

السبب بتعدد الجهة كالأخت لأب وأم فإنها لا ترث باعتبار القرابتين لاتحاد الجهتين وهي قرابة الإخوّة حتى لا تأخذ النصف بجهة الأب والسدس بجهة الأم بل تأخذ النصف لا غير، بخلاف ما ذكر من النظير لأن جهة الإرث هناك مختلفة، ومثال ما تكون الواحدة ذات قرابتين أن تكون أم أم الأم وهي أيضاً أم أبي لأب والأخرى ذات قرابة واحدة كأم أم الأب بهذه الصورة.

ميت
أب — أمّ
أمّ أب أمّ
أمّ أمّ

قال رحمه الله: (والبعدى تحجب بالقربى) سواء كانا من جهة واحدة أو من جهتين وسواء كانت القربى وارثة أو محجوبة بالأب أو/ بالجد [٢٩٩ب/٣] وفي رواية عن ابن مسعود رضي الله عنه لا تحجب الجدات إلا الأم، وفي رواية عنه وعن زيد بن ثابت رضي الله عنهما أن القربى إذا كانت من جهة الأب لا تحجب البعدى من جهة الأم، وبالعكس تحجب لأن الجدات يرثن بولادة الأبوين فوجب أن يعطى كل واحدة منهن حكم من تدني به والأب لا يحجب الجدات من قبل الأم فكذا أمه، والأم تحجب كل جدة هي أبعد منها فكذا أمها، ولنا أن الجدات يرثن باعتبار الولاد فوجب أن يقدم الأدنى على الأبعد كالأب الأدنى مع الأب الأبعد وليس كل حكم يثبت للواسطة يثبت لمن يدلي به، ألا ترى أن أم الأب لا يزيد إرثها على السدس وتحجب بالأم والأب بخلاف ذلك.

قال رحمه الله: (والكل بالأم) أي تحجب الجدات كلهن بالأم، والمراد إذا كانت الأم وارثة وعليه الإجماع والمعنى فيه أن الجدات إنما يرثن بطريق الولاد والأم أبلغ حالاً منهن في ذلك فلا يرثن معها، ولأن الأم أصل في قرابة الجدة التي من قبلها إلى الميت وتدلي بها فلا ترث مع وجودها لم عرف في باب الحجب، فإذا حجبت الجدة التي من قبلها كانت أولى أن تحجب التي من قبل الأب لأنها أضعف حالاً منها، ولهذا تؤخر في الحضانة فتحجب بها، وكذ الأبويات منهن يحجبن بالأب إذا كان وارثاً، روي ذلك عن عثمان وعلي والزبير وسعد وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وبه أخذ جمهور العلماء، وروي عن عمر وابن مسعود وعمران بن الحصين وأبي موسى الأشعري وأبي الطفيل عامر بن وائلة رضي الله عنهم أنهم جعلوا لها السدس مع الأب، وبه أخذ طائفة من أهل العلم من التابعين وغيرهم، لما روي أنه عليه الصلاة والسلام «ورّث جدّة وابنها حي»[١] ولأنها ترث ميراث الأم فلا يحجبها الأب كما لا يحجب الأم وكما لا يحجبها الجد، ولأنها ترث بطريق الفرض فلا تكون العصوبة حاجبة لها كما لا يحجبها عن الميت الذي هو ابنها، وقلنا: إن أم الأب

---

(١) أخرجه الدارمي في الفرائض (٢٩٣٢).

تدلي بالأب فلا ترث مع وجوده كبنت الابن مع وجود الابن، ولا حجة لهم في الحديث لأنه حكاية حال فيحتمل أن ذلك الابن كان عماً للميت لا أباً، ولا نسلم أنها ترث ميراث الأم بل ميراث الأب لأن له السدس فرضاً فترث ذلك عند عدمه ولئن كان ميراث الأم لا يلزم منه عدم الحجب بغيرها، ألا ترى أن بنات الابن يرثن ميراث البنات ومع هذا يحجبن بالابن، وكذا الجد يحجب الأبويات لما ذكرنا إلا أم الأب فإنه لا يحجبها وإن علت لأنه ليست من قبله وكذا كل جد لا يحجب الجدة التي ليست من قبله فصار للجدات حالتان السدس والسقوط.

قال رحمه اللّه: (وللزوج النصف ومع الولد أو ولد الابن وإن سفل الربع) لقوله تعالى: ﴿لكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهنّ ولد فلكم الربع مما تركن﴾ [النساء: ١٢] فيستحق كل زوج إما النصف وإما الربع مما تركت امرأته لأن مقابلة الجمع بالجمع تقتضي مقابلة الفرد بالفرد، كقولهم: ركب القوم دوابهم ولبسوا ثيابهم ولفظ الولد يتناول ولد الابن فيكون مثله بالنص أو بالإجماع على ما بيناه من قبل فيكون له الربع معه فصار للزوج حالتان النصف والربع.

قال رحمه اللّه: (وللزوجة نصفه) أي للزوجة نصف ما للزوج فيكون لها الربع ومع الولد أو ولد الابن وإن سفل الثمن لقوله تعالى: ﴿ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهنّ الثمن مما تركتم﴾ [النساء: ١٢]، وإن كنّ أكثر من واحدة اشتركن فيه لوجهين أحدهما لئلا يلزم الإجحاف ببقية الورثة لأنه لو أعطى كل واحدة منهنّ ربعاً يأخذن الكل إذا ترك أربع زوجات بلا ولد والنصف مع الولد، والوجه الثاني أن مقابلة/ الجمع بالجمع تقتضي مقابلة الفرد بالفرد فيكون [٣٠٠/١/٣] لواحدة الربع أو الثمن عند انفرادها بالنص، وإذا كثرن وقعت المزاحمة بينهنّ فيصرف إليهن جميعاً على السواء لعدم الأولوية كما إذا ماتت امرأة وادّعى رجلان أو أكثر نكاحها وأقام كل واحد منهما البينة، ولم تكن في بيت واحد منهما ولا دخل بها فإنهم يقتسمون ميراث زوج واحد لعدم الأولوية فكذا هنا فصار للزوجات حالتان الربع بلا ولد والثمن مع الولد.

قال رحمه اللّه: (وللبنت النصف) لقوله تعالى: ﴿وإن كانت واحدة فلها النصف﴾ [النساء:١١].

قال رحمه اللّه: (وللأكثر الثلثان) وهو قول عامة الصحابة رضي اللّه عنهم وبه أخذ علماء الأمصار وعن ابن عباس رضي اللّه عنهما أنه جعل حكم البنتين منهن حكم الواحدة فجعل لهما النصف، لقوله تعالى: ﴿فإن كنّ نساء فوق اثنتين فلهنّ ثلثا ما ترك﴾ [النساء:١١] علق استحقاق الثلثين بكونهن نساء وهو جمع وصرح

بقوله: فوق اثنتين وأكده بضمير الجمع بقوله تعالى: ﴿ فلهن ثلثا ما ترك ﴾ [النساء: ١١]، والمعلق بشرط لا يثبت بدونه، ولأن اللّه تعالى جعل للبنتين النصف مع الابن وهو يستحق النصف، وحظ الذكر مثل حظ الأنثيين فعلم بذلك أن حظ البنتين النصف عند الانفراد، وللجمهور ما روي عن جابر أنه قال: جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول اللّه ﷺ بابنتيها من سعد فقالت: يا رسول اللّه هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيداً وإن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالاً ولا ينكحان إلا بمال فقال: «يقضي اللّه في ذلك فنزلت آية الميراث فأرسل رسول اللّه ﷺ إلى عمهما فقال: أعط ابنتي سعد الثلثين وأمّهما الثمن وما بقي فهو لك»[1]، **وما تلا** لا ينافي استحقاق البنتين الثلثين لأن تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه على ما عرف في موضعه فعرفنا أن حكم الجمع بالكتاب، وحكم المثنى بالسنة ولأن الجمع قد يراد به التثنية لا سيما في المواريث على ما بينا من قبل فيكون المثنى مراداً بالآية وهو الظاهر، ألا ترى أن الواقعة كانت للبنتين فأعطاهما رسول اللّه ﷺ الثلثين بحكم الآية، ولفظة فوق في الآية صلة كما في قوله تعالى: ﴿ فاضربوا فوق الأعناق ﴾ [الأنفال: ١٢] أي اضربوا الأعناق وحمله على هذا أولى مما ذهب إليه ابن عباس رضي اللّه عنهما لحصول التوفيق به بين السنة والآية، ولأنه تعالى جعل للذكر مثل حظ الأنثيين وأدنى الاختلاط أن يجتمع ابن وبنت فيكون له الثلثان وهو مثل حظ الأنثيين فعلم أن للبنتين الثلثين عند الانفراد، وإلا لم يصر هذا وهو الثلثان مثل حظ الأنثيين أبداً، ولأن اللّه تعالى بيّن نصيب الواحدة ونصيب الجمع ولم يبين نصيب المثنى على ما قال فلا بدَّ من إلحاق المثنى بأحدهما فإلحاقهما بالجمع أولى لاشتراكهما في معنى الضم، ولأن المثنى له حكم الجمع في الميراث، ألا ترى أن اللّه تعالى لما بين حكم الفرد وحكم المثنى جعل حكم المثنى كحكم الجمع في الأخوات لأب وأم أو لأب أو لأم في استحقاق الثلثين أو الثلث، وقوله: إن البنتين يستحقان النصف مع الابن قلنا: استحقاقهما ذلك عند الاجتماع لا يدل على استحقاقهما إياه عند الانفراد، ألا ترى أن الثلاث منهن يأخذن مع الابن ثلاثة أخماس المال وعند الانفراد الثلثين والواحدة تأخذ الثلث مع الابن والنصف عند الانفراد.

قوله: (وما تلا) أي ابن عباس اهـ.

---

[1] أخرجه الترمذي في الفرائض (٢٠٩٢)، وأبو داود في الفرائض (٢٨٩١)، وابن ماجه في الفرائض (٢٧٢٠)، وأحمد في مسنده (١٤٣٨٤).

قال رحمه اللّه: (وعصبها الابن وله مثلا حظها) معناه إذا اختلط البنون والبنات عصب البنون والبنات فيكون للابن مثل حظ الأنثيين لقوله تعالى: ﴿يوصيكم اللّه في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين/﴾ [النساء:١١] فصار للبنات ثلاثة أحوال [٣٠٠ب/٢] النصف للواحدة، والثلثان للاثنين فصاعداً والتعصيب عند الاختلاط بالذكور.

قال رحمه اللّه: (وولد الابن كولده عند عدمه) أي عند عدم الولد حتى يكون بنو الابن عصبة كالبنين وبنات الابن كالبنات حتى يكون للواحدة النصف، وللبنتين فصاعداً الثلثان فيعصبهن الذكور عند اختلاطهن بالذكور فيكون للذكر مثل حظ الأنثيين.

قال رحمه اللّه: (ويحجب بالابن) أي ولد الابن يحجب بالابن ذكورهم وإناثهم فيه سواء لأن الابن أقرب وهو عصبة فلا يرثون معه بالعصوبة، وكذا بالفرض لأن بنات الابن يدلين به فلا يرثن مع أصلهن، وإن كنّ لا يدلين به بأن كان عمهن فهو مساوٍ لأصلهن فيحجبهن كما يحجب أولاده، لأن ما ثبت لأحد المثلين ثبت لمساويه ضرورة.

قال رحمه اللّه: (ومع البنت لأقرب الذكور الباقي) أي إذا كان مع بنت الميت لصلبه أولاد الابن أو أولاد ابن الابن، وإن سفل أو المجموع كان الباقي بعد فرض البنت الصلبية لأقرب الذكور منهم لأنه عصبة فيحجب الأبعد وهذا إنما يستقيم إذا لم تكن في درجته بنت ابن، وأما إذا كانت في درجته بنت ابن فتشاركه فلا يكون الباقي من فرض البنت له وحده.

قال رحمه اللّه: (وللإناث السدس تكملة للثلثين) أي لبنات الابن مع الواحدة الصلبية السدس، ومراده إذا لم يكن في درجتهنّ ابن ابن، وأما إذا كان معهنّ ابن ابن يكنّ عصبة معه فلا يرثن السدس، وإنما كان لهنّ السدس عند انفرادهنّ لقول ابن مسعود رضي اللّه عنه: في بنت وبنت ابن وأخت سمعت رسول اللّه ﷺ يقول: «للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين والباقي للأخت»[1]، وقوله تكملة الثلثين دليل على أنهنّ يدخلن في لفظ الأولاد لأن اللّه تعالى جعل للأولاد الإناث ثلثين فإذا أخذت الصلبية النصف بقي منه سدس فيعطى لها تكملة، لذلك فلولا أنهنّ دخلن في الأولاد وفرضهنّ واحد لما صار تكملة له، إلا أن الصلبية أقرب إلى الميت فتقدّم عليهنّ بالنصف ودخولهنّ على أنه عموم المجاز أو بالإجماع.

قال رحمه اللّه: (وحجبن ببنتين) أي تحجب بنات الابن ببنتين صلبيتين لأن إرثهن كان تكملة للثلثين، وقد كمل ببنتين فسقطن إذ لا طريق لتوريثهنّ فرضاً وتعصيباً.

---

(١) تقدم تخريجه.

قال رحمه اللّه: (إلا أن يكون معهنّ أو أسفل منهنّ ذكر فيعصب من كانت بحذائه ومن كانت فوقه ممن لم تكن ذات سهم وتسقط من دونه) أراد بقوله: معهنّ أن يكون الغلام في درجتهنّ سواء كان أخاً لهنّ أو لم يكن وهذا مذهب علي وزيد ابن ثابت رضي اللّه عنهما وبه أخذ عامة العلماء رضي اللّه عنهم، وروي عن ابن مسعود رضي اللّه عنه أنه قال: يسقطن بنات الابن ببنتي الصلب، وإن كان معهنّ غلام ولا يقاسمهنّ وإن كانت البنت الصلبية واحدة وكان معهنّ غلام كان لبنات الابن أسوأ الحالين من السدس والمقاسمة فأيهما كان أقل أعطين وتسمى هذه المسائل الإضرار على قول ابن مسعود رضي اللّه عنه، وحجته في ذلك أن بنات الابن بنات وميراثهن أحد أمرين إما الفرض أو المقاسمة وفرضهن ثلثان والمقاسمة ظاهرة، وليس لهن أن يجمعن بينهما فإذا استكملت البنات الثلثين فلو قاسمن لزم الجمع بينهما فلا يجوز، وإذا كانت الصلبية واحدة أخذت النصف وبقي من فرض البنات السدس فيأخذنه إن كنّ منفردات، وإن كنّ مختلطات مع الذكور كان لهنّ أقل الأمرين من السدس والمقاسمة/ للتيقن به، ولئلا يأخذ البنات أكثر من الثلثين، [٣٠١/أ/٣] ولأنهن لا ميراث لهنّ مع الصلبيتين عند الانفراد فكذا عند الاجتماع لأن من لم تكن وارثة عند الانفراد من الإناث فلا يعصبها أخوها عند الاجتماع كالعم مع العمة وابن الأخ مع أخته، وللجمهور قوله تعالى: ﴿يوصيكم اللّه في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [النساء: ١١] وأولاد الابن أولاد على ما بينا من قبل فتنظمهم الآية، وقضية هذا أن يكون المال مقسوماً بين الكل إلا أنا عملنا في حق أولاد الابن بأول الآية، وفي حق الصلبيتين أو الصلبية الواحدة بما بعدها، وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز و لا شبهته، وإنما هو عمل بمقتضى كل لفظ على حدة، ومن حيث المعنى أن البنات الصلبيات ذوات فرض وبنات الابن في هذه الحالة عصبات مع أخيهن، وصاحب الفرض إذا أخذ فرضه خرج من البين كأنه لم يكن فصار الباقي من الفرض كجميع المال في حق العصبة فيشاركنه ولا يخرجن من العصوبة كم لو انفردوا، ألا ترى أن صاحب الفرض لو كان غير البنات كالأبوين وأحد الزوجين كان كذلك فكذا مع البنات، بخلاف العمة مع العم وبنت الأخ مع أخيها لأنهما لا يصرن عصبة معهما مطلقاً سواء كان معهما صاحب فرض أو لم يكن فلا يلزم من انتفاء العصوبة في محل لا يقبلها انتفاؤها في محل يقبلها، وأخذهن زيادة على ثلثين ليس بمحظور، ألا ترى أنهن يأخذنه بالمقاسمة عند كثرتهن بأن ترك أربعين بنتاً وابناً ثم الأصل في بنات الابن عند عدم بنات الصلب أن أقربهن إلى الميت ينزل منزلة البنت الصلبية والتي تليها في القرب منزلة بنات الابن وهكذا يفعل، وإن سفلن مثاله لو ترك ثلاث بنات

ابن بعضهنّ أسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن أخر بعضهن أسفل من بعض، وثلاث بنات ابن ابن ابن آخر بعضهنّ أسفل من بعض بهذه الصورة، فالعليا من الفريق الأول لا يوازيه أحد فيكون لها النصف والوسطى من الفريق الأوّل توازيها العليا من الفريق الثاني، فيكون لهما السدس تكملة الثلثين ولا شيء للسفليات إلا أن يكون مع واحدة منهن غلام فيعصبها، ومن بحذائها ومن فوقها إن لم تكن

ميت

ابن بنت ابن ابن

ابن بنت ابن بنت ابن

ابن بنت ابن بنت ابن بنت

ابن بنت ابن بنت

ابن بنت

صاحبة فرض حتى لو كان الغلام مع السفلى من الفريق الأوّل عصبها وعصب الوسطى من الفريق الثاني والعليا من الفريق الثالث وسقطت السفليات، ولو كان الغلام مع السفلى من الفريق الثاني عصبها وعصب الوسطى منه والوسطى والعليا من الفريق الثالث والسفلى من الفريق الأوّل، ولو كان مع السفلى من الفريق الثالث عصب الجميع غير أصحاب الفرائض، والمعنى ما ذكرنا أن العليا تنزل منزلة البنت والبواقي منازل بنات الابن، ولو كان الابن مع العليا من الفريق الأول عصب / أخته وسقطت البواقي [٣٠١ ب/٣] كما ذكرنا في الأولاد فصار لبنات الابن أحوال ست النصف للواحدة والثلثان للإثنتين فصاعداً والمقاسمة مع ابن الابن والسدس مع الصلبية الواحدة والسقوط بالابن وبالصلبيتين إلا أن يكون معهنّ غلام، وهذا النوع من المسائل يسمى في عرف الفرضيين تشبيب بنات الابن إذا ذكرن مع اختلاف الدرجات، وهو إما مشتق من قولهم: شبب فلان بفلانة إذا أكثر ذكرها في شعره وتشبيب القصيدة تحسينها وتزيينها بذكر النساء أو من شب النار إذا أوقدها لأن فيه تذكية للخواطر أو من شب الفرس يشب ويشب شباباً إذا رفع يديه جميعاً وأشببته أنا إذا هيجته لذلك لأنه خروج وارتفاع من درجة إلى أخرى كحال الفرس في نزواته أي وثباته، فصار لبنات الابن أحوال ست الثلاث المذكورة في البنات والسدس مع الصلبية والسقوط بالابن وبالصلبيتين إلا أن يكون معهنّ غلام.

قال رحمه اللّه: (والأخوات لأب وأمّ كبنات الصلب عند عدمهنّ) أي عند عدم البنات وبنات الابن حتى يكون للواحدة النصف وللثنتين الثلثان ومع الإخوة لأب وأمّ للذكر مثل حظ الانثيين لقوله تعالى: ﴿قل اللّه يفتيكم في الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [النساء: ١٢].

قال رحمه اللّه: (ولأب كبنات الابن مع الصلبيات) أي الأخوات لأب مع الأخوات لأب وأمّ كبنات الابن مع الصلبيات حتى يكون للواحدة من الأخوات لأب النصف عند عدم الأخوات لأب وأمّ وللثنتين الثلثان فصاعداً، ومع الإخوة لأب للذكر مثل حظ الأنثيين، ومع الأخت الواحدة لأب وأمّ السدس تكملة الثلثين ويسقطن بالأختين لأب وأمّ إلا أن يكون معهنّ أخ لأب **فيعصبهنّ لما تلونا** وبينا، ويأتي فيهنّ خلاف ابن مسعود رضي اللّه عنه في مقاسمة الإخوة بعد فرض الأختين لأب وأمّ أو أخت واحدة لهما أي للأبوين على نحو ما بيناه في بنات الابن مع البنات وضراره لهنّ مع البنت الواحدة، إذ الكلام في الأخوات كالكلام في البنات والنص الوارد فيهنّ كالنص الوارد في البنات فاستغنينا عن البحث فيهنّ بالبحث في البنات إذ طريق البحث فيهما واحد.

قال رحمه اللّه: (وعصبهن إخوتهن والبنت وبنت الابن) أي عصب الأخوات لأب وأمّ أو لأب إخوتهن والبنت وبنت الابن، أما تعصيب الإخوة لهن فظاهر لما تلونا، وأما تعصيب البنت لهنّ وبنت الابن فلقوله عليه الصلاة والسلام: «اجعلوا الأخوات مع البنات عصبة»[1]، وورّث معاذ رضي اللّه عنه في اليمن بنتاً وأختاً فجعل لكل واحدة منهما النصف ورسول اللّه ﷺ حيّ يومئذ، وروي أنه عليه الصلاة والسلام «قضى في ابنة وابنة ابن وأخت للبنت النصف ولابنة الابن السدس والباقي للأخت»[2]، وجعل المصنف رحمه اللّه البنت ممن يعصب الأخوات وهو مجاز وفي الحقيقة لا تعصبهنّ وإنما يصرن عصبة معها لا بها، والبنت بنفسها ليست بعصبة في هذه الحالة فكيف تعصب غيرها، بخلاف الإخوة على ما يجيء من قريب إن شاء اللّه تعالى، وهذا قول جمهور الصحابة رضي اللّه عنهم، وروي عن ابن عباس رضي اللّه عنهما أنه أسقط الأخوات بالبنت، واختلفت الرواية عنه في الإخوة والأخوات مع البنت، وفي رواية عنه الباقي كله للإخوة وفي رواية أخرى عنه الباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، قيل: هو الصحيح من مذهبه، وكذلك لو كان مع البنت أخت لأب وأمّ وأخ وأخت لأب في رواية الباقي للأخ وحده، وفي رواية عنه بين الجميع للذكر مثل حظ الأنثيين هو احتج بقوله تعالى / : ﴿إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت [٣٠٢/٣]

قوله: (فيعصبهن لما تلونا وبينا) ويسقطن أيضاً بالأخ لأبوين «لقوله عليه الصلاة والسلام:

---

(١) ذكره الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣٩٢/٤)، والدارمي موقوفاً على زيد بن ثابت «أنه كان يجعل الأخوات مع البنات عصبة».

(٢) تقدم تخريجه.

فلها نصف ما ترك﴾ [النساء:١٢]، فإرثها مشروط بعدم الولد واسم الولد يشمل الذكر والأنثى، ألا ترى أن اللّه تعالى حجب الزوج من النصف إلى الربع والزوجة من الربع إلى الثمن بالولد والأمّ من الثلث إلى السدس فاستوى فيه الذكر والأنثى، وللجمهور ما روينا واشتراط عدم الولد فيما تلا إنما كان لإرثها النصف أو الثلثين بطريق الفرض، ونحن نقول: إنها لا ترث مع البنت فرضاً، وإنما ترث على أنها عصبة، ويحتمل أن يراد بالولد هنا الذكر وقد قامت الدلالة على ذلك وهو قوله وهو يرثها إن لم يكن لها ولد يعني أخاها يرثها إن لم يكن لها ولد ذكر لأن الأمة أجمعت على أن الأخ يرث تعصيباً مع الأنثى من الأولاد، أو نقول: اشتراط عدم الولد إنما كان لإرث الأخ جميع مالها وذلك يمتنع بالولد وإن كان أنثى.

قال رحمه اللّه: (وللواحد من ولد الأم السدس وللأكثر الثلث ذكورهم وإناثهم سواء) لقوله تعالى: ﴿وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس، فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث﴾ [النساء:١٢]، المراد به أولاد الأمّ لأن أولاد الأب والأم أو الأب مذكورون في آية النصف على ما ذكرنا من قبل، **ولهذا قرأها بعضهم** وله أخ أو أخت لأمّ، وإطلاق الشركة يقتضي المساواة كما إذا قال: شريكي فلان في هذا المال أو قال: له شركة فيه وسكت عن ذلك **قضي للمقرّ له بالنصف**، ولأن اللّه تعالى لما سوّى بينهما حالة الانفراد دل ذلك على استوائهما حالة الاجتماع.

قال رحمه اللّه: (وحجبن بالابن وابنه وإن سفل وبالأب والجد) أي الأخوات كلهن حجبن بهؤلاء المذكورين وهم الابن وابن الابن وإن سفل والأب والجد وإن علا، وكذا الإخوة يحجبون بهم **لأن ميراثهم مشروط بالكلالة**، واختلف في الكلالة هل هي صفة للميت أو للورثة أو للتركة، **وقرئ يورث بكسر الراء وفتحها**، وأياماً كان يشترط لتسميته عدم الولد والوالد للميت فيسقطون بهم، والكلالة مشتقة من الإحاطة ومنه الإكليل لإحاطتها بالرأس ولفظة كل لإحاطتها بما تدخل عليه، وكذا الكلالة من أحاط بالشخص من الإخوة والأخوات، وقيل: أصلها من البعد، يقال: كلت الرحم بين فلان وفلان إذا تباعدت ويقال: حمل فلان على فلان ثم كل عنه أي تركه وبعد عنه، وغير قرابة الولادة بعيد بالنسبة إلى الولاد قال الفرزدق:

إن أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات» اهـ **قوله: (ولهذا قرأها بعضهم)** أبي بن كعب وسعد بن أبي وقاص اهـ **قوله: (قضى للمقر له بالنصف)** قال في المجمع في كتاب الإقرار: أو بشرك في عبد يجعل له النصف وأمره بالبيان اهـ **قوله: (لأن ميراثهم مشروط بالكلالة)** بقوله تعالى: ﴿قل اللّه يفتيكم في الكلالة﴾ [النساء: ١١] وبقوله تعالى: ﴿وإن كان رجل يورث كلالة﴾ [النساء: ١١] اهـ **قوله: (وقرئ يورث بكسر الراء وفتحها)** الذي قرأ

ورثتم قناة المجد لا عن كلالة عن ابني مناف عبد شمس وهاشم

يريد ورثتم مجدكم عن أصولكم لا عن الفروع كالأعمام والإخوة وولد الابن ولد على ما بينا من قبل فلا تكون كلالة معه.

قال رحمه الله: (والبنت تحجب ولد الأم فقط) أي بنت الميت تحجب الإخوة والأخوات من الأم وحدهم، ولا تحجب الإخوة من الأبوين أو من الأب لما أن شرط إرثهم الكلالة، ولا كلالة مع الولد والبنت ولد فتحجبهم، وكذا بنت الابن لما أن ولد الابن ولد، فإن قيل: وجب أن لا ترث الإخوة والأخوات من الأبوين أو من الأب مع البنت أو بنت الابن لأن إرثهم مشروط بالكلالة، قلنا: الكلالة شرطت في حقهم لإرث النصف أو الثلثين، أو لإرث الكل بالعصوبة فإذا انتفت الكلالة انتفى هذا الإرث المشروط بها لا مطلق الإرث فيستحقون الإرث بالعصوبة مع البنت بنص آخر على ما بينا بخلاف إرث أولاد الأم، فإن جميع إرثهم مشروط بالكلالة فينتفي بعدمها فصار للأخوات لأب وأم خمس أحوال النصف للواحدة والثلثان لأكثر منها والتعصيب بأخيهن ومع البنات والسقوط مع الابن، وللأخوت للأب سبع أحوال ذي الخمسة/ [٢٠٢ب/٣] والسدس مع الأخت الواحدة من الأب والأم والسقوط بالاثنتين من الأخوات من الأبوين، كما تقدم وصار لأولاد الأم ثلاثة أحوال السدس للواحد والثلث لأكثر منه والسقوط بما ذكرنا.

قال رحمه الله: (وعصبة) وهو معطوف على قوله ذو فرض في أوّل الكتاب بعد ذكر الدين والوصية في قوله ثم يقسم بين ورثته وهم ذو فرض وعصبة وهو معطوف على الخبر فيكون خبراً.

قال رحمه الله: (أي من أخذ الكل إن انفرد والباقي مع ذي سهم) هذا تفسير للعصبة أي العصبة من يأخذ جميع المال عند انفراده، وما أبقته الفرائض عند وجود من له الفرض المقدر وهذا رسم وليس بحدّ لأنه لا يفيد إلا على تقدير أن يعرف الورثة كلهم، ولكن لا يعرف من هو العصبة منهم فيكون تعريفاً بالحكم والمقصود معرفة العصبة حتى يعطى ما ذكر ولا يتصور ذلك إلا بعد معرفته، فنقول: العصبة نوعان نسبية وسببية، فالنسبية ثلاثة أنواع عصبة بنفسه وهو كل ذكر لا يدخل في نسبته إلى الميت أنثى وهم أربعة أصناف جزء الميت وأصله وجزء أبيه وجزء جده، وعصبة بغيره وهو كل أنثى فرضها النصف أو الثلثان يصرن عصبة بإخوتهن وعصبة مع غيره وهو كل أنثى تصير عصبة مع أنثى غيرها كالبنات مع الأخوات، والسببية مولى العتاقة والأنثى ليست بعصبة حقيقة لأن العصبة وإنما سمي عصبة لقوته

بكسر الراء الحسن البصري وأبو رجاء العطاردي فمن قرأ بالكسر جعل الكلالة الورثة ومن

ولحصول التناصر به ولا يحصل التناصر بالأنثى وإنما صرن عصبة تبعاً أو حكماً في حق الإرث فقط.

قال رحمه اللّه: (وإلا حق الابن ثم ابنه وإن سفل) أي أولاهم بالعصوبة جزء الميت، وإن سفل وغيرهم محجوبون بهم لقوله تعالى: ﴿يوصيكم اللّه في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ إلى أن قال: سبحانه وتعالى: ﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد﴾ [النساء: ١١] فجعل الأب صاحب فرض مع الولد ولم يجعل للولد الذكر سهماً مقدراً فتعين الباقي له فدل أن الولد الذكر مقدّم عليه بالعصوبة، وابن الابن ابن على ما بينا لأنه يقوم مقامه فيقدم عليه أيضاً ومن حيث المعقول أن الإنسان يؤثر ولد ولده على والده ويختار صرف ماله له ولأجله يدّخر ماله عادة على ما قال عليه الصلاة والسلام: «**الولد مبخلة مجبنة**»[(١)] وقضية، ذلك أن لا يجاوز بكسبه محل اختياره إلا أنا صرفنا مقدار الفرض لأصحاب الفروض بالنص فيبقى الباقي على قضية الدليل، وكان ينبغي أن يقدم البنت أيضاً عليه وعلى كل عصبة إلا أن الشارع أبطل اختياره بتعيين الفرض لها وجعل الباقي لأولى رجل.

قال رحمه اللّه: (ثم الأب ثم أب الأب وإن علا) أي ثم أولاهم بالعصوبة أصول الميت وإن علوا وأولاهم به الأب لأن اللّه تعالى شرط لإرث الإخوة الكلالة وهو الذي لا ولد له ولا والد على ما بيناه فعلم بذلك أنهم لا يرثون مع الأب ضرورة، وعليه إجماع الأمة فإذا كان ذلك مع الإخوة وهم أقرب الناس إليه بعد فروعه وأصوله فما ظنك مع من هو أبعد منهم كأعمامه وأعمام أبيه والجد أب، ألا ترى أنه يقوم مقامه في الولاية عند عدم الأب ويقدم على الإخوة فيه فكذا في الميراث وهو قول أبي بكر الصديق وابن عباس وعائشة وأبي موسى الأشعري وأبي الدرداء وأبي الطفيل وابن الزبير ومعاذ بن جبل وجابر بن عبد اللّه وجماعة أخر منهم رضي اللّه عنهم أجمعين، وبه أخذ أبو حنيفة رضي اللّه عنه.

قال رحمه اللّه: (ثم الأخ لأب وأم ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ لأب وأم ثم ابن الأخ لأب) وإنما قدموا على الأعمام لأن اللّه تعا لى جعل الإرث في الكلالة للإخوة عند عدم الولد والوالد بقوله تعالى: ﴿وهو يرثها إن لم يكن لها ولد﴾ [النساء: ١٧٦] فعلم/ بذلك أنهم مقدمون على الأعمام، ولأن الإخوة جزء الأب فكانوا أقرب [٢٠٣/١/٣]

قرأ بالفتح جعل الكلالة الميت اهـ **قوله: (الولد مبخلة)** هو مفعلة من البخل ومظنة له أي يحمل أبويه على البخل ويدعوهما إليه فيبخلان بالمال لأجله، قاله ابن الأثير رحمه اللّه.

---

(١) أخرجه ابن ماجه في الأدب (٣٦٦٦)، وأحمد في مسنده (١٧١١٢).

من الأعمام لأنهم جزء الجد، وإنما قدم الأخ لأب وأم لأنه أقوى لاتصاله من الجانبين فكان ذا قرابتين فترجح بذلك عند الاستواء في الدرجة وقد قال عليه الصلاة والسلام: «إن أعيان بني الأم يتوارثون دون بني العلات»(١)، وكذا الأخت لأب وأم تقدم إذا صارت عصبة على الأخت لأب لما ذكرنا، ولهذا تقدم في الفرض فكذا في العصوبة.

قال رحمه اللّه: (ثم الأعمام ثم أعمام الأب ثم أعمام الجد على الترتيب) أي أولاهم بالميراث بعد الإخوة أعمام الميت لأنهم جزء الجدّ فكانوا أقرب، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلأولى رجل ذكر»(٢)، ثم أعمام الأب لكونهم أقرب بعد ذلك لأنهم جزء الجد ثم أعمام الجد لأنهم أقرب بعدهم، وقوله: على الترتيب أي على الترتيب الذي ذكرنا في الإخوة وهو أن يقدم العم لأب وأمّ على العم لأب ثم العم لأب على ولد العم لأب وأمّ، وكذا يعمل في أعمام الأب يقدم منهم ذو قرابتين عند الاستواء في الدرجة وعند التفاوت في الدرجة يقدم الأعلى.

قال رحمه اللّه: (ثم المعتق) لقوله عليه الصلاة والسلام «الولاء لحمة كلحمة النسب»(٣)، وهو آخر العصبات لقوله عليه الصلاة والسلام: للذي أعتق عبده «هو أخوك ومولاك إن شكرك فخير له وشر لك وإن كفرك فشرّ له وخير لك وإن مات ولم يدع وارثاً كنت أنت عصبته»(٤)، والمراد بالوارث وارث هو عصبة بدليل أن ابنة حمزة أعتقت عبداً لها فمات وترك بنتاً فجعل رسول اللّه ﷺ نصف ماله لابنته ونصفه الآخر لابنة حمزة وهي المعتقة.

قال رحمه اللّه: (ثم عصبته على الترتيب) أي عصبة المولى ومعناه إذا لم يكن للمعتق عصبة من النسب على الترتيب الذي ذكرنا فعصبته مولاه الذي أعتقه، فإن لم يكن مولاه **فعصبته عصبة المعتق** وهو المولى على الترتيب الذي ذكرناه بأن

قوله: (مجبنة) لأنه يحب البقاء والمال لأجله اهـ مجمع البحرين. **قوله: (فعصبته عصبة المعتق)** عصبة المعتق ترث المعتق، أما عصبة عصبة المعتق إذا لم يكن عصبة المعتق لا يرث المعتق بيانه امرأة أعتقت عبداً وماتت وتركت ابناً وزوجاً ثم مات المعتق الميراث كله لابن المعتقة، ولو مات الابن وترك الأب الذي هو زوج المعتقة ثم مات المعتق لا يرث

---

(١) أخرجه الترمذي في الفرائض (٢٠٩٤)، وابن ماجه في الوصايا (٢٧١٥)، وأحمد في مسنده (٥٩٠٦).

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) أخرجه الدارمي في الفرائض (٣١٥٩).

(٤) أخرجه الدارمي في الفرائض (٣٠١٢).

يكون جزء المولى أولى، وإن سفل ثم أصوله ثم جزء أبيه ثم جزء جدّه يقدّمون بقوة القرابة عند الاستواء، وبعلوّ الدرجة عند التفاوت.

قال رحمه اللّه: (واللاتي فرضهنّ النصف والثلثان يصرن عصبة بإخوتهنّ) وهنّ أربع من النساء البنات وبنات الابن والأخوات لأب وأم والأخوت لأب وهؤلاء يصرن عصبة بإخوتهنّ وقد بيناه في بيان ميراثهن، وقوله: بإخوتهنّ هذا في البنات والأخوات ظاهر لأن عصوبتهنّ تقتصر عليه، وأما بنات الابن فإنهنّ يصرن عصبة بأبناء أعمامهنّ أيضاً وإن سفل كما ذكرنا في مسائل التشبيب فيكون معناه في حقهنّ بإخوتهنّ أو بمن له حكم إخوتهنّ، والمصنف رحمه اللّه ذكر العصبات هنا واستوفاه إلا العصبة مع غيره وهي الأخوات مع البنات، وإنما ترك ذكرهنّ هنا لأنه ذكرهنّ فيما تقدّم وقد شرحناه هناك فلا نعيده، وإنما سمين عصبة مع غيره ومع إخوتهنّ عصبة بغيره لأن ذلك الغير وهو البنات شرط لصيرورتهن عصبة **ولم يجعلهنّ** عصبة بهنّ لأن أنفسهنّ ليس بعصبة فكيف يجعلن غيرهنّ عصبة بهن، بخلاف ما إذا كنّ مع إخوتهنّ لأن الإخوة بنفسهم عصبة فيصرن به عصبة تبعاً.

قال رحمه اللّه: (ومن يدلي بغيره حجب به) أي بذلك الغير سوى ولد الأم فإنه يدلي بالأم ولا تحجبه بل هي تحجب بالاثنين منهم من الثلث إلى السدس على ما بينا، وإنما لا تحجبه الأم لأنها لا تستحق جميع التركة ولا يرث هو إرثها لأنها ترث بالولاد وهو بالإخوّة فلا يتصوّر الحجب فيه، بخلاف الجدة حيث تحجب بالأم لأنها ترث ميراث الأم والأم أولى به منها لأنها أقرب، وبخلاف الأب حيث يحجب الجد والجدة من قبله والإخوة والأخوات كلهم لأنه يستحق جميع التركة، وكذلك الابن يحجب ابنه/ لما ذكرنا، فحاصله أن الحجب بأحد أمرين إما بمن يدلي به بشرطه [٣٠٣ب/٢] على ما ذكرنا، أو يكون الحاجب أقرب كالأعمام يحجبون بالإخوة وبأولادهم وكأولاد الأعمام والإخوة يحجبون بأعلى درجة منهم.

قال رحمه اللّه: (والمحجوب يحجب كالأخوين أو الأختين يحجبان الأم من الثلث إلى السدس مع الأب) وهما لا يرثان معه لأن إرث الإخوة مشروط بالكلالة وإرث الأم الثلث مشروط بعدم الاثنين من الإخوة، وروي عن ابن عباس رضي اللّه عنهما في أب وأم وثلاثة إخوة للأم السدس وللإخوة السدس، والباقي للأب فجعل للإخوة ما نقص من نصيب الأم لنا أن آية الكلالة تمنع من ذلك وأن حجب الأم بهم لا يوجب لهم ما نقص من نصيبها فيحجبونها من غير أن يحصل لهم شيء.

الأب، وإن كان عصبة عصبة المعتق لأنه عصبة الابن، والابن عصبة المعتقة لكن لما لم يكن الزوج عصبة المعتقة لا يرث اهـ خلاصة. **قوله: (ولم يجعلهن)** كذا بخط الشارح اهـ

قال رحمه اللّه: (لا المحروم بالرق والقتل مباشرة واختلاف الدين أو الدار) أي لا يحجب المحروم عن الإرث بهذه الأشياء وعند ابن مسعود رضي اللّه عنه يحجب حجب النقصان بنقص نصيب الزوجين والأم بالولد المحروم **بما ذكرنا** لأن اللّه تعالى ذكر الولد مطلقاً ونقص به نصيبهم من غير فصل بين أن يكون وارثاً أو محروماً، وكذا نقص نصيب الأم بالإخوة مطلقاً من غير فصل فيترك على إطلاقه ولا يحجب حجب الحرمان، لأنه لو حجب هذا الحجب وهو لا يرث لأدّى إلى دفعه إلى بيت المال مع وجود الوارث أو إلى تضييعه لأن بيت المال أيضاً لا يرث مع الابن أو الإخوة، وجه قول الجمهور: أن المحروم في حق الإرث كالميت لأنه حرم لمعنى في نفسه كالميت ثم الميت لا يحجب، فكذا المحروم فصار كحجب الحرمان، والنصوص التي توجب نقصان إرثهم لا نسلم أنها مطلقة لأن اللّه تعالى ذكر الأولاد أوّلاً وأثبت لهم ميراثاً ثم ذكر بعد ذلك حجب النقصان بهم فينصرف إلى المذكورين أوّلاً وهم المتأهلون للإرث، وكذا يقال: في الإخوة والأخوات لأن المذكورين منهم في الإرث هم المتأهلون للإرث فكذا المذكورون في الحجب هم المتأهلون للإرث، وهذا لأن المحروم اتصلت به صفة تسلب أهلية الإرث فألحقته بالمعدوم ولا كذلك المحجوب فإنه أهل في نفسه إلا أن حاجبه غلبه على إرثه لزيادة قربه فلا يبطل عمله في حق غيره، وإنما ذكر سبب الحرمان بقوله: لا المحروم بالرق إلخ ليبين الأسباب المانعة من الإرث، فإن الرق يمنع الإرث لأن الرقيق لا يملك شيئاً، قال اللّه تعالى: ﴿ضرب اللّه مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾ [النحل: ٧٥]، وقال عليه الصلاة والسلام: «لا يملك العبد إلا الطلاق»[١]، ولا فرق في ذلك بين أن يكون قناً وهو الذي لم ينعقد له سبب الحرية أصلاً وبين أن ينعقد له سبب الحرية كالمدبر والمكاتب وأم الولد ومعتق البعض عند أبي حنيفة رضي اللّه عنه، لأن المعنى يشمل الكل وهو عدم تصوّر الملك لهم، والمكاتب لا يملك الرقبة وهو عبد ما بقي عليه درهم على ما جاء في الخبر فلا يكون أهلاً للإرث، والقتل الذي يمنع الإرث هو الذي يتعلق به وجوب القصاص أو الكفارة، وما لا يتعلق به واحد منهما كالقتل بسبب أو بقصاص لا يوجب الحرمان لأن حرمان الإرث عقوبة فيتعلق بما تتعلق به العقوبة وهو القصاص أو الكفارة، والشافعي رحمه اللّه يعلقه بمطلق القتل حتى لا يرث عنده إذا قتله بقصاص، أو رجم أو كان القريب قاضياً فحكم بذلك، أو شاهداً فشهد به، أو باغياً

قوله: (بما ذكرنا) أي من الرق والقتل واختلاف الدين والدار اهـ.

---

(١) تقدم تخريجه.

فقتله أو شهر عليه سيفاً فقتله دفعاً كل ذلك يمنع الإرث عنده، وهذا لا معنى له لأن الشارع أوجب عليه قتله أو أجاز له قتله في هذه الصورة فكيف يوجب عليه العقوبة به بعد ذلك، ولهذا لا يتعلق بهذا القتل سائر/ عقوبات القتل، فكذا الحرمان والمراد [٣٠٤/أ/٣] بقوله عليه الصلاة والسلام: «ليس للقاتل شيء من الميراث»(١) هو القتل بالتعدي دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام: «ليس للقاتل ميراث»، بعد صاحب البقرة أي قاتل هو كصاحب البقرة وهو كان متعدياً واحترز بقوله: مباشرة عن القتل بالتسبيب واختلاف الدين أيضاً يمنع الإرث، والمراد به الاختلاف بين الإسلام والكفر لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يرث المسلم الكافر ولا الكافرالمسلم»(٢)، وأما اختلاف ملل الكفار كالنصرانية واليهودية والمجوسية وعبادة الوثن فلا يمنع الإرث حتى يجري التوارث بين اليهودي والمجوسي أو النصراني لأن الكفر كله ملة واحدة، وقال عليه الصلاة والسلام: «الناس كلهم حيز ونحن حيز»(٣)، واختلاف الدار يمنع الإرث والمؤثر هو الاختلاف حكماً حتى لا تعتبر الحقيقة بدونه حتى لا يجري الإرث بين المستأمن والذمي في دارنا ولا في دار الحرب، **ويجري بين المستأمن وبين من هو في داره** لأن المستأمن **إذا دخل إلينا أو إليهم** من أهل داره حكماً، وإن كان في غيرها حقيقة، والدار إنما تختلف باختلاف المنعة والملك كدار الإسلام ودار الحرب وداري مختلفتين من دار الحرب باختلاف ملكهم لانقطاع الولاية والتناصر فيما بينهم والإرث يكون بالولاية.

قال رحمه الله: (والكافر يرث بالنسب والسبب كالمسلم) لأنه محتاج مكلف فيملك بالأسباب الموضوعة للملك كالمسلم، ولأنه بعقد الذمة التحق بالمسلم في المعاملات فيكون حكمه في ذلك كحكم المسلم.

قال رحمه الله: (ولو حجب أحدهما فبالحاجب) أي لو اجتمعت في الكافر قرابتان لو تفرّقتا في شخصين حجب أحدهما الآخر يرث بالحاجب، وإن لم يحجب يرث بالقرابتين، كما إذا تزوّج المجوسي أمه فولدت له ابناً فهذا الولد ابنها وابن ابنها

قوله: (ويجري بين المستأمن وبين من هو في داره) حتى إذا مات المستأمن في دار الإسلام عند أخيه الذمي، وله في دار الحرب أخ ورثه أخوه الحربي لا أخوه الذمي اهـ **قوله: (إذا دخل إلينا أو إليهم)** حتى إذا دخل ذمي دار الحرب بأمان فمات عند أخيه الحربي ورثه أخوه

---

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه البخاري في الفرائض (٦٧٦٤)، ومسلم في الفرائض (١٦١٤)، والترمذي في الفرائض (٢١٠٧)، وأبو داود في الفرائض (٢٩٠٩).

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (١٠٧٨٣).

فيرث منها إذا ماتت على أنه ابن ولا يرث على أنه ابن ابن لأن ابن الابن يحجب بالابن، ولو ولدت له بنتاً مكان الابن ترث الثلثين النصف على أنها بنت، والسدس على أنها بنت الابن تكملة الثلثين، وترث من أبيها على أنها بنت ولا ترث على أنها أخت من أم لأن الأخت تسقط بالبنت ولو تزوّج بنته فولدت له بنتاً ترث من أمّها النصف على أنها بنت وترث الباقي على أنها عصبة، لأنها أختها من أبيها وهي عصبة مع البنت وإن مات أبوها ترث النصف عى أنها بنت ولا ترث على أنها بنت بنت لأنها من ذوي الأرحام فلا ترث مع وجود ذي سهم أو عصبة، وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم: وبه أخذ أصحابنا، وفي رواية عن ابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهما أنه يرث بأثبت القرابتين وآكدهما أي بأقواهما، وبه أخذ مالك والشافعي رحمهما الله والصحيح الأوّل لأن فيه إعمال السبب، ولا يجوز إبطاله بغير مانع والمانع الحاجب ولم يوجد فيأخذ بالجهتين، ألا ترى أن المسلم يرث بالجهتين إذا اتفق له ذلك بأن ماتت المرأة وتركت ابن عمها وهو زوجها أو أخوها من أمها، فإنه يأخذ بالفرض والعصوبة فكذا الكافر، إذ هو لا يخالف المسلم في سبب الملك كالشراء وغيره بخلاف الأخ من أب وأم حيث لا يرث إلا بالعصوبة، ولا يرث بالفرض على أنه أخ من أم لأنه ليس فيه اختلاف الجهة لأنه يرث بالإخوة وهي جهة واحدة فلا تصلح للاستحقاق بها بل للترجيح فقط عند مزاحمة من هو دونه في القوة كالأخ لأب.

قال رحمه الله: (لا بنكاح محرم) أي لا يرث الكافر بنكاح محرم كما إذا تزوّج المجوسي أمّه أو غيرها من المحارم لا يرث منها بالنكاح، أما عندهما/ فظاهر [٣٠٤ب/٣] لأن النكاح لم يصح، وأما عند أبي حنيفة رضي الله عنه فلأنه وإن كان له حكم الصحة لكن لا يقرّ عليه إذا أسلم فكان كالفاسد.

قال رحمه الله: (ويرث ولد الزنا واللعان بجهة الأمّ فقط) لأن نسبه من جهة الأب منقطع فلا يرث به ومن جهة الأمّ ثابت فيرث به أمّه وإخوته من الأمّ بالفرض لا غير، وكذا ترثه أمّه وإخوته من أمه **فرضاً لا غير**، ولا يتصوّر أن يرث هو أو يورث بالعصوبة إلا بالولاء أو الولاد فيرثه من أعتقه أو أعتق أمّه أو ولده بالعصوبة، وكذا هو يرث معتقه أو معتق معتقه أو ولده بذلك.

قال رحمه الله: (ووقف للحمل حظ ابن) أي إذا ترك الميت امرأته حاملاً أو **غيرها ممن يرثه ولدها** وقف لأجله نصيب ابن واحد، وهذا قول أبي يوسف رحمه الله

الذمي لا أخوه الحربي اهـ **قوله**: (**فرضاً لا غير**) فلو مات شخص عن بنت وأم وأخ توءم من الزنا أو اللعان فالمال للبنت والأم أرباعاً فرضاً ورداً، ولا شيء للتوءم لأنه أخوه لأمه فلا يرث مع البنت شيئاً اهـ **قوله**: (**أو غيره ممن يرثه ولدها**) كأمه أو امرأة أخيه أو امرأة جدّه اهـ **قوله**:

وعنه يوقف نصيب ابنين، وهو قول محمد رحمه اللّه لأن ولادة الاثنين معتاد، وعن أبي حنيفة رحمه اللّه أنه يوقف نصيب أربعة بنين أو أربع بنات أيهما أكثر لأنه يتصوّر ولادة أربعة في بطن واحد فيترك نصيبهم احتياطاً والفتوى على الأوّل لأن ولادة الواحد هو الغالب والأكثر منه موهوم والحكم للغالب **ويؤخذ كفيلاً** من الورثة على قوله لاحتمال أن يكون أكثر، وهذا إذا كان في الورثة ولد، وأما إذا لم يكن فيهم ولد فلا يختلف الميراث بينهم بكثرة الأولاد وقلتهم، وجملة الأمر لا يخلو إما أن يكون الورثة كلهم أولاداً أو لا فإن كانوا كلهم أولاداً يترك ما ذكرنا من العدد على الاختلاف، وإن لم يكونوا كلهم أولاداً فلا يخلو إما أن يكون فيهم أولاد أو لا فإن كان فيهم أولاد يعطى كل وارث هو غير الولد نصيبه ثم يقسم الباقي على الأولاد ويترك نصيب الحمل منه على الاختلاف الذي ذكرناه، وإن لم يكن في الورثة ولد والحمل من الميت يعطى كل وارث منهم نصيبه على تقدير أن الحمل ذكر أو أنثى أيهما أقل، وإن كان على أحد التقديرين يرث دون الآخر فلا يعطى شيئاً، وكذا إذا كان فيهم من لا يرث على تقدير ولادته حياً وعلى تقدير ولادته ميتاً يرث فلا يعطى شيئاً للاحتمال، وإن كان نصيبه على أحد التقديرين أكثر يعطى الأقل للتيقن به ويوقف الباقي.

قال رحمه اللّه: (ويرث إن خرج أكثره فمات لا أقله) أي الحمل يرث إن خرج أكثره وهو حيّ ثم مات وإن خرج أقله وهو حيّ فمات لا يرث لأن انفصاله حياً من البطن شرط لإرثه والأكثر يقوم مقام الكل ثم إن خرج مستقيماً فالمعتبر صدره وإن خرج منكوساً فالمعتبر سرته وقد بيناه من قبل.

قال رحمه اللّه: (ولا توارث بين الغرقى والحرقي إلا إذا علم ترتيب الموتى) أي إذا مات جماعة في الغرق أو الاحتراق ولا يدرى أيهم مات أولاً جعلوا كأنهم ماتوا جميعاً معاً فيكون مال كل واحد منهم لورثته، ولا يرث بعضهم بعضاً إلا إذا عرف ترتيب موتهم فيرث المتأخر من المتقدم، وهو قول أبي بكر وعمر وزيد وإحدى الروايتين عن علي رضي اللّه عنهم، وإنما كان كذلك لأن الإرث يبتنى على اليقين بسبب الاستحقاق وشرطه وهو حياة الوارث بعد موت المورث ولم يثبت ذلك فلا يرث بالشك، وقال ابن مسعود رضي اللّه عنه: يرث بعضهم بعضاً إلا ما ورث كل واحد منهما من صاحبه وهو إحدى الروايتين عن علي رضي اللّه عنه، ووجهه أن حياة كل واحد منهم كانت ثابتة بيقين والأصل بقاؤها إلى ما بعد موت الآخر، ولأن الحادث يضاف إلى أقرب الأوقات فكأن كل واحد منهم مات بعد موت الآخر فيرث منه إلا مما ورثه منه للتعذر، لأن تقديره حياً بعد موته حتى يرث ماله من وارثه

(**ويؤخذ كفيل**) الذي بخط الشارح ويؤخذ كفيلاً اهـ

محال، قلنا: إذا استحال في حق البعض استحال في حق الكل إذ سبب الإرث متحد لا يقبل التجزئ، وظاهر حياتهم يصلح/ للدفع لا للاستحقاق وكذلك الحكم إذا [٣٠٥/أ ٣] ماتوا بانهدام الجدار عليهم أو في المعركة ولا يدرى أيهم مات أولاً.

قال رحمه الله: (وذو رحم) وهو معطوف على العصبة أي ويقسم ماله بين ورثته وهم ذو فرض وعصبة وذو رحم.

قال رحمه الله: (وهو قريب ليس بذي سهم وعصبة) أي ذو الرحم وهو قريب ليس بوارث بفرض ولا بعصوبة وهذا على اصطلاح أهل هذا العلم، وفي الحقيقة الوارث لا يخرج من أن يكون ذا رحم وتحته ثلاثة أنواع قريب هو ذو سهم وقريب هو عصبة، وقريب هو ليس بذي سهم ولا عصبة، ومضى الكلام في الأوّلين وبقي في الثالث فنقول: عندنا هم يرثون عند عدم النوعين الأوّلين وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم غير زيد بن ثابت رضي الله عنه فإنه قال: لا ميراث لذوي الأرحام بل يوضع في بيت المال، وبه أخذ مالك والشافعي رحمهما الله لما روي عن عطاء بن يسار أن رجلاً من الأنصار جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله رجل هلك وترك عمته وخالته فسأل النبي ﷺ وهو واقف على حماره فوقف ثم رفع يديه، وقال: «اللهم رجل هلك وترك عمته وخالته فسأله الرجل ويفعل النبي ﷺ ذلك ثلاث مرات، ثم قال: لا شيء لهما»(١) وفي بعض رواياته «لا أرى ينزل عليّ شيء لا شيء لهما»، وروي أنه قال: لا أجد لهما شيئاً»، وإذا لم ينزل عليه لا يمكن إثباته بالرأي لأن المقادير لا يمكن إثباتها بالرأي، ولنا «ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ آخى بين أصحابه فكانوا يتوارثون بذلك حتى نزلت ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض﴾ [الأنفال: ٧٥] في كتاب الله فتوارثوا بالنسب، وعن «المقداد ابن معد يكرب عن النبي ﷺ قال: «من ترك مالاً فلورثته وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه، والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه»(٢)، رواه أحمد وأبو داود وغيرهما، وحين مات «ثابت بن الدحداح **وكان غريباً** أتياً لا يعرف من أين هو قال رسول الله ﷺ لعاصم بن عدي: هل تعرفون له فيكم نسباً قال: لا يا رسول الله

قوله: (وكان غريباً أتياً) قال في المغرب: والأتي والأتاوي الغريب، وقال ابن الأثير: وفيه أنه سأل عاصم بن عدي عن ثابت بن الدحداح فقال: إنما هو أتيّ فينا أي غريب، وفي

---

(١) ذكره الطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/٣٩٥)، والدارمي في الفرائض موقوفاً على سيدنا عمر (٣٠٤٩).

(٢) أخرجه أبو داود في الفرائض (٢٨٩٩)، وابن ماجه في الديات والفرائض (٢٦٣٤)، وأحمد في مسنده (٢٧٣٨).

فدعا رسول الله ﷺ أبا لبابة بن المنذر ابن أخته فأعطاه ميراثه»[١]، وعن أمامة بن سهل أن رجلاً رمى رجلاً بسهم فقتله وليس له وارث إلا خال فكتب في ذلك أبو عبيدة إلى عمر فكتب عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «الله ورسوله مولى من لا مولى له، والخال وارث من لا وارث له»[٢]، وقال الترمذي حديث حسن، وقال الطحاوي: هذه آثار متصلة قد تواترت عن رسول الله ﷺ، وعلى هذا كانت الصحابة رضي الله عنهم حتى روى عن عمر رضي الله عنه في عم لأمّ وخالة أعطى العم الثلثين والخالة الثلث، وقال عبدالله بن مسعود رضي الله عنه فيمن ترك عمة وخالة: للعمة الثلثان وللخالة الثلث، وكان المسلمون إذا لم يكن للميت وارث يرثونه جميعاً وهو المراد ببيت المال، فإذا كان بعضهم إليه أقرب من بعض ورث ماله، ولولا خوف الإطالة لأوردنا ما حكي عن السلف من أفراد الواقعات وما رووه منقطع، ومن مذهب الخصم أن لا يكون حجة فكيف يحتج به على غيره، ومثله غير ملزم ثم هو لو ثبت لم يكن فيه أيضاً عندنا حجة في دفع مواريث ذوي الأرحام لأنه يعارض ما تلونا من الآية، ويحتمل أن يكون هناك من هو أولى منهما أو قبل نزول الآية، ويحتمل «قوله عليه الصلاة والسلام: لا شيء لهما» أراد به الفرض أي لا فرض لهما مقدر ونحن نقول به. فإن قيل: لا حجة لكم في الآية لأنها نزلت ردّ للتوارث بالإيخاء وهو الموالاة، ويحتمل أن يكون المراد بها العصبة وأصحاب السهم، وليس فيها دلالة على أن المراد بها غيرهم قلنا: العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وهي عامة فيعمل بعمومها على أن كثيراً من/ أصحاب الشافعي رضي الله عنه منهم ابن سريج [٣٠٥ب/٣] خالفوه وذهبوا إلى توريث ذوي الأرحام وهو اختيار فقهائهم للفتوى في زماننا لفساد بيت المال وصرفه في غير المصارف.

قال رحمه الله: (ولا يرث مع ذي سهم وعصبة سوى أحد الزوجين لعدم الردّ عليهما) أي لا يرث ذوو الأرحام مع وجود ذي فرض أو عصبة إلا إذا كان صاحب الفرض أحد الزوجين فيرثون معه لعدم الردّ عليه لأن العصبة أولى منه، وكذا الردّ على ذوي السهام أولى من ذوي الأرحام لأنهم أقرب إلا الزوجين فإنهما لا قرابة لهما مع الميت وإرثهما نظير الدين فإن صاحب الدين لا يردّ عليه ما فضل بعد قضاء الدين فكذا لا يردّ عليهما ما فضل من فرضهما على ذلك كان عامّة الصحابة رضي الله

المصباح وأتى الرجل القوم انتسب إليهم وليس منهم فهو أتى على فعيل ومنه قيل للسيل،

---

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٦/٢١٥).
(٢) تقدم تخريجه.

عنهم، وكان عثمان بن عفان رضي اللّه عنه يردّ على الزوجين أيضاً، وكان زيد بن ثابت رضي اللّه عنه لا يرى الردّ على أحد من ذوي الفروض وما فضل منهم يوضع في بيت المال عنده وقد عرف في موضعه.

قال رحمه اللّه: (وترتيبهم كترتيب العصبات) أي ترتيب ذوي الأرحام في الإرث كترتيب العصبات يقدّم فروع الميت كأولاد البنات وإن سفلوا ثم أصوله، كالأجداد الفاسدين والجدّات الفاسدات، وإن علوا ثم فروع أبويه كأولاد الأخوات وبنات الإخوة وبني الإخوة لأمّ، وإن نزلوا ثم فروع جديه وجدّتيه كالعمات والأعمام لأم والأخوال والخالات، وإن بعدوا فصاروا أربعة أصناف، وروى أبو سليمان عن محمد بن الحسن عن أبي حنيفة رضي اللّه عنهم أن أولاهم بالميراث الأصول والأولّ أصح لأن الفروع أقرب كما في العصبات.

قال رحمه اللّه: **(والترجيح بقرب الدرجة)** لأن إرثهم بطريق العصوبة فيقدّم الأقرب على الأبعد في كل صنف منهم كما في العصبات.

قال رحمه اللّه: (ثم يكون الأصل وارثاً إذا استووا في الدرجة **فمن يدلي بوارث أولى من كل صنف**) لأن الوارث أقوى قرابة من غير الوارث بدليل تقديمه عليه في استحقاق الإرث فكان من يدلي به أقوى وللقوّة تأثير في التقديم، ألا ترى أن بني الأعيان يقدّمون على بني العلات في العصوبة لهذا المعنى.

قال رحمه اللّه: (وعند اختلاف جهة القرابة فلقرابة الأب ضعف قرابة الأم) أي إذا كان بعض ذوي الأرحام من جهة الأب وبعضهم من جهة الأم كان لمن هو من جهة الأب الثلثان ومن جهة الأم الثلث لما روينا من قضية عمر وابن مسعود رضي اللّه عنهما، ولأن قرابة الأب أقوى فيكون لهم الثلثان والثلث لقرابة الأم، وهذا لا يتصوّر في الفروع وإنما يتصوّر في الأصول والعمات والأخوال.

قال رحمه اللّه: (وإن اتفق الأصول **فالقسمة على الأبدان**) أي إن اتفقت صفة من يدلون به في الذكورة والأنوثة ولم يختلفوا فيها كانت القسمة على أبدانهم **حتى يجعل بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين**، والمراد بالأصول المدلي بهم سواء كانوا أصولاً لهم أو لم يكونوا.

يأتي من موضع بعيد ولا يصيب تلك الأرض أتى أيضاً اهـ **قوله في المتن: (والترجيح بقرب الدرجة)** كبنت البنت أولى من بنت بنت الابن اهـ **قوله: (فمن يدلي بوارث أولى من كل صنف)** كبنت بنت الابن أولى من ابن بنت البنت لأنها ولد وارث فإنها ولد بنت الابن وهي صاحبة فرض، وابن بنت البنت ولد بنت البنت وهي ذات رحم اهـ ضوء. **قوله في المتن: (فالقسمة على الأبدان)** وهذا بلا خلاف اهـ كافي. **قوله: (حتى يجعل بينهم للذكر مثل حظ**

قال رحمه الله: (**وإلا فالعدد منهم والوصف من بطن اختلف**) أي إن لم تتفق صفة الأصول يعتبر العدد من الفروع، أي المدلون بهم والصفة من بطن اختلف فيقسم المال على ذلك البطن فيعتبر عدد كل واحد في ذلك البطن بعدد فروعه حتى يجعل الذكر الذي في ذلك البطن ذكوراً بعدد فروعه، والأنثى الواحدة إناثاً بعدد فروعها ويعطى الفروع ميراث الأصول، وإذا كان فيهم بطون مختلفة يقسم المال على أوّل بطن اختلف على الصفة التي ذكرنا، ثم يجعل الذكور طائفة والإناث طائفة بعد القسمة فما أصاب الذكور يجمع ويقسم على أوّل بطن اختلف بعد ذلك وكذا ما أصاب الإناث، وهكذا يعمل إلى أن ينتهي إلى الذين هم أحياء وهذا قول محمد رحمه الله، وعند أبي يوسف والحسن بن زياد رحمهما الله يعتبر أبدان الفروع / [٣٠٦/أ/٣] سواء اتفقت صفة الأصول في الذكورة والأنوثة أو اختلفت، ولو كان لبعضهم جهتان أو أكثر تعتبر الجهتان أو الجهات فيرث بكل جهة، غير أن أبا يوسف رحمه الله يعتبرها في الفروع، ومحمد رحمه الله في الأصول بخلاف الجدّة حيث لا ترث إلا بجهة واحدة عند أبي يوسف رحمه الله وذو الرحم يرث بالجهتين عنده في الصحيح، والفرق له على هذه الرواية أن الجدّة تستحق الإرث باسم الجدة والاسم لا يختلف بينهن، وإرث ذوي الأرحام بالقرابة فيتعدّد بتعدّدها، **وقول محمد رحمه الله: أصح في ذوي الأرحام** جميعاً وهو أشهر الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله.

قال رحمه الله: (والفروض نصف وربع وثمن وثلثان وثلث وسدس) أي الفروض المقدرة بكتاب الله تعالى هذه الستة وهي نوعان على التنصيف إن بدأت بالأكثر أو على التضعيف إن بدأت بالأقل، فتقول: النصف ونصفه ونصف نصفه والثلثان ونصفهما ونصف نصفهما أو تقول: الثمن وضعفه وضعف ضعفه والسدس وضعفه وضعف ضعفه.

قال رحمه الله: (ومخارجها اثنان للنصف وأربعة وثمانية وثلاثة وستة لسميها واثنا عشر وأربعة وعشرون بالاختلاط) أي مخارج هذه الفروض المذكورة وهي الستة سبعة اثنان إلى آخر ما ذكر وأراد بالاختلاط اختلاط أحد النوعين بالآخر، فحاصله أن

الأنثيين) كما إذا ترك ابن بنت وبنت بنت فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين اتفاقاً اهـ

قوله: (والصفة من بطن اختلف) وهذه صورته ليس في خط الشارح بل هو حاشية ألحقت اهـ

قوله: (وقول محمد: أصح في ذوي الأرحام) قال صاحب الضوء رحمه الله: وكان شيخنا الإمام نجم الدين يقول: إن مشايخ بخارى أخذوا بقول أبي يوسف في مسائل ذوي الأرحام والحيض لأنه أيسر على المفتي اهـ قوله: ذوي الأرحام والحيض أي في الطهر المتخلل بين الدمين فإن قول محمد فيه مشتمل على تفاصيل متعددة يشق على المفتي والمستفتي

هذه الفروض لا تخلو إما أن يجيء كل فرض منها منفرداً أو مختلطاً بغيره، فإن جاء منفرداً فمخرج كل فرض سميه وهو المخرج الذي يشاركه في الحروف إلا النصف فإنه من اثنين وليس بسمي له وذلك مثل الثمن من ثمانية، والسدس من ستة، والثلث من ثلاثة، والربع من أربعة وإن جاء مختلطاً بغيره فلا يخلو إما أن يختلط كل نوع بنوعه أو أحد النوعين بالنوع الآخر، فإن اختلط كل نوع بنوعه فمخرج الأقل منه يكون مخرجاً للكل لأن ما كان مخرجاً لجزء يكون مخرجاً لضعفه ولضعف ضعفه كالثمانية مخرج للثمن أو الستة مخرج للسدس ولضعفه ولضعف ضعفه، فإن اختلط أحد النوعين بالنوع الآخر فمخرجهما من أقل عدد يجمعهما، وإذا أردت معرفة ذلك انظر مخرج كل واحد من الفرضين على حدة ثم انظر هل بينهما موافقة أو لا، فإن كان بينهما موافقة فاضرب وفق أحدهما في جميع الآخر، وإن لم يكن بينهما موافقة فجميع أحدهما في جميع الآخر فالمبلغ مخرج الفرضين، ثم إذا اختلط النصف من الأوّل بكل الثاني أو ببعضه فهو من ستة لأن بين مخرج النصف والسدس موافقة بالنصف، فإذا ضربت وفق أحدهما في جيمع الآخر بلغ ستة، وإن اختلط بالثلث أو الثلثين فلا موافقة بين المخرجين فاضرب أحدهما في جميع الآخر يبلغ ستة، وإذا اختلط الربع من الأوّل بكل الثاني أو ببعضه فهو من اثني عشر لأن مخرج الربع وهو الأربعة يوافق مخرج السدس وهو الستة بالنصف، فإذ ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر بلغ اثني عشر ومنه يخرج الجزءان، وإن كان المختلط به الثلث أو الثلثين فلا موافقة بين المخرجين فاضرب أحدهما في الآخر يبلغ اثني عشر، وإن كان المختلط بالثاني هو الثمن، فإن كان المختلط به السدس فبين المخرجين موافقة بالنصف، وإن كان المختلط به الثلثين فلا موافقة بينهما فاضرب ثلاثة في ثمانية تبلغ أربعاً وعشرين فمنه يخرج الجزءان فصارت جملة المخارج سبعة ولا يجتمع أكثر من أربع فروض في مسألة واحدة ولا يجتمع من أصحابها أكثر من خمس طوائف ولا ينكسر على أكثر من أربع طوائف.

قال رحمه اللّه: (وتعول بزيادة) أي تعول هذه المخارج بزيادة من أجزاء المخرج إذا اجتمع في مخرج فروض كثيرة بحيث لا تكفي أجزاء المخرج لذلك فيحتاج إلى العول بزيادة من أجزاء المخرج فترتفع المسألة والعول الارتفاع، ومنه/ [٣٠٦ب/٣] عال الميزان إذا ارتفع فسمى عولاً لارتفاع المسألة أو لما فيه من الميل عن الفرض المقدر والعول الميل والجور يقال: عال الحاكم في حكمه إذا مال وجار، ومنه قول اللّه تبارك وتعالى: ﴿ذلك أدنى أن لا تعولوا﴾ [النساء: ٣]، والمراد بالعول عول

ضبطها، وقد ذكرت في المبسوط واللّه أعلم.

بعضها لأن كلها لا يعول، وإنما يعول ثلاثة منها الستة واثنا عشر وأربعة وعشرون والأربعة الأخر لا تعول.

قال رحمه الله: (فستة تعول إلى عشرة وتراً وشفعاً) يريد بالوتر السبعة والتسعة وبالشفع الثمانية والعشرة، فمثال عولها إلى سبعة زوج وأختان لأبوين أو لأب أو زوج وجدة وأخت لأب ومثال عولها إلى ثمانية زوج وأخت من أب وأختان من أم أو زوج وثلاث أخوات متفرّقات أو زوج وأم وأخت من أب، أو زوج وأختان من أبوين وأخت من أم أو زوج وأم وأختان من أب، ومثال عولها إلى تسعة زوج وثلاث أخوات متفرّقات وأم أو زوج وأختان من أب وأختان من أم، أو زوج وأختان من الأبوين وأم وأخت من أم ومثل عولها إلى عشرة زوج وأختان من أب وأختان من أم وأم.

قال رحمه الله: (واثنا عشر إلى سبعة عشر وتراً) أي اثنا عشر تعول إلى سبعة عشر وتراً لا شفعاً، والمراد بالوتر ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر فمثال عولها إلى ثلاثة عشر زوج وبنتان وأم أو زوجة وأختان لأبوين وأخت لأم أو **زوج وبنت ابن وأم أو جدة، ومثال عولها** إلى خمسة عشر زوج وبنتان وأبوان، أو زوجة وأختان لأب وأختان لأم، ومثال عولها إلى سبعة عشر أربع أخوات لأم وثماني أخوات لأب وجدتان وثلاث زوجات.

قال رحمه الله: (وأربعة وعشرون إلى سبعة وعشرين) أي أربعة وعشرون تعول إلى سبعة وعشرين وما فيها إلا عولة واحدة وهي المنبرية وتسمى التسعية وهي زوجة وأبوان وبنتان، سميت بذلك لأن علياً رضي الله تعالى عنه سئل عنها وهو على المنبر فقال: «عاد ثمنها تسعاً مرتجلاً ومضى في خطبته»، ولا تعول أكثر من ذلك إلا عند ابن مسعود رضي الله تعالى عنه فإنها تعول عنده إلى أحد وثلاثين فيما إذا ترك امرأة وأختين لأم وأماً وأختين لأب وابناً كافراً أو رقيقاً أو قاتلاً له لأن من أصله أن المحروم يحجب حجب نقصان دون الحرمان، فيكون للمرأة الثمن عنده وللأم السدس، وللأختين لأب الثلثان وللأختين لأم الثلث، ومجموع ذلك أحد وثلاثون، فإذا فرغا من ذلك جئنا إلى التصحيح فلا بد للتصحيح من معرفة أربعة أشياء التماثل والتداخل والتوافق والتباين بين العددين ليتمكن من العمل في التصحيح فتقول: إن كان أحد العددين مثلاً للآخر فهي المماثلة فيكتفى بضرب أحدهما عن الآخر، وإن لم يكن مثلاً له فإن كان الأقل جزءاً للأكثر فهي المداخلة، وإن لم يكن جزءاً له فإن توافقا في جزء فهي الموافقة بينهما، وإن لم يتوافقا في جزء فهي المباينة، ولا يخلو عددان

قوله: (أو زوج وبنت ابن وأم أو جدّة) كذا هو بخط الشارح اهـ **قوله: (ومثال عولها إلخ)** وانظر إلى لطف هذا التمثيل لأن المسألة عالت إلى سبعة عشر وعدد رؤوس الورثة أيضاً سبعة

اجتمعا من أحد هذه الأحوال الأربعة لأنهما إما ان يتساويا أولاً فإن تساويا فهي المماثلة، وإن لم يتساويا فلا يخلو إما أن يكون الأقل جزءاً للأكثر أو لا فإن كان جزءاً له فهي المداخلة، إن لم يكن جزءاً له فلا يخلو إما أن يتفقا في جزء أو لا فإن اتفقا فيه فهي الموافقة، وإن لم يتفقا فهي المباينة، وطريق معرفة كل واحد منها مذكورة في المطولات، وهذه الأربعة كلها جارية بين الرؤوس والرؤوس وكذا بين الرؤوس والسهام إلا المداخلة، فإن العمل فيها كالموافقة إذا كانت الرؤوس أكثر وكالمماثلة إذا كانت السهام أكثر لأنها تنقسم عليهم كما تنقسم عليهم المماثلة، وفائدة التصحيح بيان كيفية العمل في القسمة بين المستحقين من أقل عدد يمكن على وجه يسلم الحاصل لكل واحد من الكسر ولهذا سمي تصحيحاً.

قال رحمه اللّه: (وإن انكسر حظ فريق ضرب وفق العدد في الفريضة إن وافق) أي إذا انكسر نصيب/ طائفة من الورثة ينظر بين رؤوسهم وسهامهم فإن كان بينهما [٣٠٧/ ٣/١] موافقة ضرب وفق عددهم في الفريضة، وهي أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة فالمبلغ تصحيح المسألة كجدة وأخت لأمّ وعشرين أختاً لأب أصلها من ستة فللجدة سهم، وكذا للأخت لأم وللأخوات لأب أربعة لا تنقسم عليهنّ وتوافق رؤوسهنّ بالربع فاضرب ربع رؤوسهن وهو خمسة في أصل المسألة وهي ستة تبلغ ثلاثين ومنها يصح.

قال رحمه اللّه: (وإلا فالعدد في الفريضة فالمبلغ مخرجه) أي إن لم توافق الرؤوس السهام فاضرب عدد الرؤوس في الفريضة وهي أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة فما بلغ من الضرب فهو التصحيح في المسألتين أي في المباينة والموافقة وقد ذكرنا مثال الموافقة، ومثال المباينة زوج وسبع أخوات لأب أصلها من ستة وتعول إلى سبعة للزوج النصف ثلاثة وللأخوات الثلثان أربعة فلا تنقسم عليهنّ ولا توافق فاضرب رؤوسهن في الفريضة **تبلغ تسعة وأربعين** فمنها تصح.

قال رحمه اللّه: (وإن تعدد الكسر وتماثل ضرب واحد) أي إذا انكسر على أكثر من طائفة واحدة وتماثل أعداد رؤوس المنكسر عليهم بضرب فريق واحد في أصل المسألة وعولها وإن كانت عائلة فما بلغ من الضرب فهو تصحيح المسألة مثاله ست أخوات لأب وأمّ وثلاث أخوات لأم وثلاث جدات أصلها من ستة وتعول إلى سبعة للأخوات لأب، وأمّ الثلثان أربعة لا تنقسم عليهنّ، وتوافق بالنصف فردّ رؤوسهنّ إلى النصف ثلاثة، وللأخوات للأم الثلث سهمان لا ينقسم عليهنّ، ولا يوافق وللجدات السدس سهم لا ينقسم عليهنّ ولا يوافق فاجتمع معك ثلاثة أعداد

عشر اهـ قوله: (**تبلغ تسعة وأربعين**) للأخوات لأب أربعة أسباعها ٢٨ لكل أربعة وللزوج

متماثلة فاضرب واحداً منها في الفريضة **تبلغ أحداً وعشرين** فمنها تصح، ولو كان بعض الأعداد متماثلة دون البعض ضربت رؤوس فريق واحد من المتماثلين في عدد رؤوس الفريق المباين لهم، أو في وفقه إن وافق فما بلغ ضربته في الفريضة فما بلغ صحت منه المسألة، ومثاله لو كان عدد الأخوات خمساً مثلاً في المثال المذكور والمسألة بحالها ضربت ثلاثة في خمسة تبلغ خمسة عشر ثم اضرب خمسة عشر في الفريضة وهي سبعة **تبلغ مائة وخمسة** فمنها تصح، ولو ترك تسع أخوات لأب وتسع أخوات لأمّ وخمس عشرة جدة ضربت التسعة في خمسة فما بلغ في الفريضة فمنها تصح، وعلى هذا لو كان المباين أكثر من طائفة واحدة تضرب ما بلغ من الضرب الأوّل فيه أو في وفقه ثم ما بلغ في الفريضة فما بلغ فمنه تصح المسألة، مثاله أربع زوجات وخمس أخوات لأم وثلاث جدات وثلاث أخوات لأب أصلها من اثني عشر، وتعول إلى سبعة عشر ولا تنقسم على الكل ولا توافق، فعدد الأخوات لأب يماثل الجدات فيستغني بأحدهما فتضرب ثلاثة في أربعة تبلغ اثني عشر ثم في خمسة تبلغ ستين ثم تضرب الستين في الفريضة وهي سبعة عشر **تبلغ ألفاً وعشرين** فمنها تصح المسألة.

قال رحمه اللّه: (وإن توافق فالوفق وإلا فالعدد في العدد ثم وثم، ثم المبلغ في الفريضة وعولها) أي إذا توافق بين أعداد الرؤوس فاضرب وفق أحدهما في جميع الآخر، وإن لم توافق فاضرب جميع أحدهما في جميع الآخر ثم اضرب ما بلغ في وفق الثالث إن وافق المبلغ الثالث، وإن لم يوافق فاضرب كله فيه فما بلغ فاضربه في الفريضة فما بلغ فمنه تصح المسألة، ولو كان فريق رابع ضربت فيه ما بلغ من ضرب الرؤوس في الرؤوس إن لم يوافقه وإن وافقه ففي الوفق ثم ما بلغ في أصل المسألة فما بلغ منه تصح، فمثال الموفقة أربع زوجات وثماني عشرة أختاً لأم واثنتا عشرة جدة

ثلاثة أسباعها ٢١ اهـ **قوله: (تبلغ أحداً وعشرين)** للأخوات لأب أربعة أسباعها ١٢ لكل سهمان وللأخوات لأم سبعاها ٦ لكل سهمان وللجدّات سبعها ٣ لكل سهم اهـ **قوله: (تبلغ مائة وخمسة إلخ)** للأخوات لأب وأم ٦٠ لكل اثنا عشر وللأخوات لأم ٣٠ لكل عشرة، وللجدات خمسة عشر لكل ٥ اهـ **قوله: (تبلغ ثلاثمائة وخمسة عشر إلخ)** للأخوات لأب أربعة أسباعها ١٨٠ لكل ٢٠ وللأخوات لأم سبعاها ٩٠ لكل ١٥ وللجدات سبعها ٤٥ لكل ٣ اهـ **قوله: (تبلغ ألفاً وعشرين إلخ)** كان للزوجات من أصل المسألة ٣ تضربها في ٦٠ يحصل ١٨٠ لكل ٤٠، وكان للأخوات للأم من أصل المسألة ٤ تضربها في ٦٠ يحصل ٢٤٠ لكل ٤٨، وكان للجدات من أصل المسألة ٢ تضربه في ٦٠ يحصل ١٢٠

وخمس عشرة أختاً لأب أصلها من اثني عشر، وتعول إلى سبعة عشر فللزوجات الربع ثلاثة لا تنقسم عليهن ولا توافق/، وللأخوات لأم الثلث أربعة لا تنقسم عليهن [٣٠٧ب/٣] وتوافق بالنصف فردّ رؤوسهن إلى النصف تسعة، وللجدات السدس سهمان لا ينقسم عليهن ويوافق بالنصف فردّ رؤوسهن إلى النصف ستة، وللأخوات لأب الثلثان ثمانية لا تنقسم عليهن ولا توافق فبين خمسة عشر والستة موافقة بالثلث فاضرب ثلث أحدهما في جميع الآخر يبلغ ثلاثين، ثم بين الثلاثين والتسعة موافقة بالثلث فاضرب ثلث أحدهما في جميع الآخر يبلغ تسعين، ثم بين التسعين والأربعة موافقة بالنصف فاضرب نصف أحدهما في جميع الآخر يبلغ مائة وثمانين، ثم اضرب المائة والثمانين في الفريضة وهي سبعة عشر يبلغ ثلاثة آلاف وستين ومنها تصح، ومثال المباينة خمس أخوات لأب وثلاث أخوات لأمّ وسبع جدات وأربع زوجات أصلها من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر للأخوات لأب الثلثان ثمانيةلا تنقسم عليهن ولا توافق، وللأخوات للأم الثلث أربعة لا تنقسم عليهن ولا توافق، وللجدات السدس سهمان لا ينقسم عليهن ولا يوافق وللزوجات الربع ثلاثة لا تنقسم عليهن ولا توافق فالخمسة لا توافق الثلاثة فاضرب إحداهما في الأخرى تبلغ خمسة عشر وخمسة عشر لا توافق الأربعة فاضرب إحداهما في الأخرى تبلغ ستين والستون لا توافق السبعة فاضرب إحداهما في الأخرى تبلغ أربعمائة وعشرين، ثم اضرب أربعمائة وعشرين في الفريضة وهي سبعة عشر تبلغ سبعة آلاف ومائة وأربعين فمنها تصح، ثم إذا أردت أن تعرف نصيب كل فريق على حدة من التصحيح فاضرب رؤوس كل فريق فيما كان لهم من أصل المسألة فما بلغ فاضربه في عدد رؤوس فريق مخالف لهم إن لم يكن بينهما موافقة، وإن كان بينهما موافقة فاضربه في الوفق فما بلغ فاضربه في رؤوس الفريق الثالث أو في وفقه، وهكذا تفعل إلى أن تنتهي الرؤوس فما بلغ فهو نصيب ذلك الفريق، وإن شئت ضربت ما كان لهم من المسألة في مبلغ الرؤوس فالمبلغ من الضرب نصيبهم وإذا أردت أن تعرف نصيب كل واحد من آحاد الفريق ضربت رأس كل واحد منهم فيما كان لهم من أصل المسألة فما بلغ ضربته في عدد رؤوس المخالف لهم إن كان بين رؤوسهما مباينة، وإن كان بينهما موافقة فاضربه في

لكل ٤٠، وكان للأخوات لأب من أصل المسألة ٨ تضربه في ٦٠ يحصل ٤٨٠ لكل ١٦٠ والله أعلم. **قوله في المتن: (وإن تداخل فالأكثر)** لم يكن في نسخة الشارح، ولم يذكر الشارح له شرحاً ولا مثالاً فلعله سها عنه اهـ.

وفقه فما بلغ فاضربه في عدد رؤوس الفريق الثالث أو في وفقه إن كان بينهما موافقة فما بلغ فاضربه في الرابع أو في وفقه، كذلك فما بلغ فهو نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق، وإن شئت قسمت مبلغ الرؤوس على رؤوس كل فريق فما أصاب الواحد ضربته فيما كان لهم من أصل المسألة فما بلغ فهو نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق، وإن شئت عكست بأن تقسم ما كان لكل فريق من أصل المسألة على عدد رؤوسهم فما أصاب الواحد ضربته في مبلغ الرؤوس فما بلغ فهو نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق، وإن شئت نسبت سهام كل فريق من أصل المسألة إلى عدد رؤوسهم فما وجدت نسبته أخذت بمثل تلك النسبة من مبلغ الرؤوس فهو نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق، وله طريق أخرى مذكورة في المطوّلات.

قال رحمه الله: (وما فضل يردّ على ذوي الفرض بقدر فروضهم إلا على الزوجين) أي يردّ ما فضل من فرض ذوي الفروض إذا لم يكن ثمة عصبة على ذوي الفروض بقدر سهامهم إلا على الزوجين فإنهما لا يردّ عليهما، وهو قول عامّة الصحابة رضي الله عنهم: وبه أخذ أصحابنا رحمهم الله، وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه: «الفاضل لبيت المال» وله أخذ مالك والشافعي رحمهما الله، وقال عثمان بن عفان رضي الله عنه: يردّ على الزوجين أيضاً لأن الفريضة لو دخلها نقص بالعول عالت على الكل فوجب أن يكون ضده من الزيادة للكل ليكون الخراج بالضمان والغنم بالغرم/ ، [٣٠٨/أ/٣] وجه من منع الردّ مطلقاً أن النص قدّر فرض كل واحد من الورثة فلا تجوز الزيادة عليه، ولأن المقادير لا يمكن إثباتها بالرأي فامتنع أصلاً ولنا قوله تبارك وتعالى: ﴿وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض﴾ [الأنفال: ٧٥] في كتاب الله وهو الميراث فيكون أولى من بيت المال ومن الزوجين إلا فيما ثبت لهما بالنص، وكان ينبغي أن يكون ذلك لجميع ذوي الأرحام لاستوائهم في هذا الاسم، إلا أن أصحاب الفرائض قدّموا على غيرهم من ذوي الأرحام لقوّة قرابتهم، ألا ترى أنهم يقدمون في الإرث فكانوا أحق به، ومن حيث السنة ما روي أن النبي ﷺ دخل على سعد يعوده فقال: «يا رسول الله إن لي مالاً ولا يرثني إلا ابنتي»[١] الحديث، ولم ينكر عليه رسول الله ﷺ حصر الميراث على ابنته، ولولا أن الحكم كذلك لأنكر عليه ولم يقرّه على الخطأ لا سيما في موضع الحاجة إلى البيان، وكذا روي أن امرأة أتت إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إني تصدّقت على أمي بجارية فماتت أمي وبقيت الجارية

---

(١) أخرجه البخاري في المرضى (٥٦٦٨)، ومسلم في الوصية (١٦٢٨)، ومالك في موطئه باب الأقضية (١٤٩٥).

فقال: «وجب أجرك ورجعت إليك في الميراث»(١)، فجعل الجارية راجعة إليها بحكم الميراث وهذا هو الردّ، لأن أصحاب الفرائض ساووا الناس كلهم وترجحوا بالقرابة فيترجحون بذلك من المسلمين، وروي عن ابن مسعود رضي اللّه تعالى عنه أنه لم يردّ على بنت ابن مع بنت الصلب ولا على أخت لأب مع الأخت لأبوين ولا على إخوة من أم مع الأم ولا على جدّة إلا أن لا يكون وارث غيرها، وبه أخذ علقمة لأن الفاضل من الفرض مأخوذ بطريق العصوبة فيقدم فيه الأقرب فالأقرب، وميراث الجدة السدس كان طعمة فلا يزاد عليه إلا أن لا يكون ثمة وارث غيرها فتكون هي أولى من الأجانب، قلنا: هذا الرجحان غير معتبر شرعاً ولهذا لم يحجب البعض بالبعض، ودخل النقص على الكل عند النقص بالعول غير أنه أثر في تفضيل النصيب عند الاجتماع فيفضل في الفاضل أيضاً، وإدخال النقص على الزوجين بالعول مما يوافق الدليل النافي لإرثهما لأن إرثهما ثبت بالنص على خلاف القياس، وأخذ الزيادة مما يخالف النافي لإرثهما فلا يمكن إثباته بالقياس لأن ما ثبت على خلاف القياس يقتصر عليه، وتقدير النصيب لكل واحد من الأقارب تخصيص بالذكر وذلك لا يمنع استحقاق الزيادة ولا يتعرض لها أصلاً لا بالنفي ولا بالإثبات فأثبتناه بدليل آخر على ما ذكرناه، ولأن النصوص المذكورة في تعيين نصيب كل واحد منهم تثبته فرضاً والأخذ بطريق الردّ ليس بفرض، وإنما هو بطريق العصوبة فلا يمتنع ثبوته بدليل آخر كما ثبت ذلك في بعض العصبات حيث يأخذ الفرض بالنص ثم يأخذ الباقي بدليل آخر ولا يعدّ ذلك زيادة على النص، وإنما هو عمل بمقتضى الدليلين ولم نثبته بالرأي بل بالنص على ما بينا، ثم مسائل الباب أربعة أقسام إما أن يكونوا جنساً واحداً، أو أكثر عند عدم من لا يرد عليه أو عند وجوده فلا تخرج مسائله عن هذه الأربعة على ما يجيء في أثناء البحث واللّه أعلم.

قال رحمه اللّه: (فإن كان من يردّ عليه جنساً واحداً فالمسألة من رؤوسهم كبنتين أوأختين) لأنهما لما استويا في الاستحقاق صارا كابنين أو أخوين فيجعل المال بينهما نصفين، وكذا الجدّتان لما ذكرنا والمراد بالأختين أن يكونا من جنس واحد بأن يكون كلاهما لأب أو لأم أو لأبوين.

قال رحمه اللّه: (وإلا فمن سهامهم فمن اثنين لو سدسان وثلاثة لو ثلث وسدس وأربعة لو نصف وسدس وخمسة لو ثلثان وسدس أو نصف وسدسان أو نصف وثلث) أي إن لم يكن من يردّ عليه جنساً واحداً بأن كان جنسين أو ثلاثة

---

(١) أخرجه مسلم في الصيام (١١٤٩)، والترمذي في الزكاة (٦٦٧)، وابن ماجه في الأحكام (٢٣٩٤)، وأحمد في مسنده (٢٢٤٤٧).

تجعل المسألة من سهامهم، فتجعل من اثنين لو اجتمع سدسان كجدة وأخت لأم، ومن ثلاثة إذا/ اجتمع ثلث وسدس كأخوين لأم وجدة أو أم وأخ لأم أو أم وأخوين [٢٠٨ب/٣] لأم، ومن أربعة إذا اجتمع نصف وسدس كبنت وبنات ابن أو أخت لأبوين وأخوات لأب أو أخت لأب وأخ لأم أو جدة مع واحد ممن يستحق النصف من الإناث، ومن خمسة إذا اجتمع ثلثان وسدس كأم أو جدة مع من يستحق الثلثين من الإناث أو أختين لأب وأخ لأم، أو نصف وسدسان كبنت وبنت ابن وأم أو جدة وأخت لأم وأخت لأب أو ثلاث أخوات متفرقات أو أم وأخت لأم وأخت لأب، أو نصف وثلث كأم وأخت لأب أو أخوين لأم وأخت لأبوين أو لأب ولا يتصوّر أن يجتمع في باب الردّ أكثر من ثلاث طوائف فإذا جعلت المسألة من سهامهم تحقق ردّ الفاضل عليهم بقدر سهامهم، وهذان النوعان اللذان ذكرناهما أحدهما أن يكونوا جنساً واحداً والآخر أكثر من ذلك فيما إذا لم يختلط بهم من لا يردّ عليه، وبقي النوعان الآخران وهما إذا اختلط بكل واحد من النوعين من لا يردّ عليه.

قال رحمه الله: (ولو مع الأوّل من لا يردّ عليه أعط فرضه من أقل مخارجه ثم اقسم الباقي على من يردّ عليه كزوج وثلاث بنات) أي لو كان مع الأوّل وهو ما إذا كانوا جنساً واحداً من لا يردّ عليه وهو أحد الزوجين أعط فرض من لا يردّ عليه من أقل مخارج فرضه ثم اقسم الباقي على رؤوس من يردّ عليه إن استقام الباقي عليهم كزوج وثلاث بنات للزوج الربع فأعطه من أقل مخارج الربع وهو أربعة فإذا أخذ ربعه وهو سهم بقي ثلاثة أسهم فاستقام على رؤوس البنات والله أعلم.

قال رحمه الله: (وإن لم يستقم فإن وافق رؤوسهم كزوج وست بنات فاضرب وفق رؤوسهم في مخرج فرض من لا يردّ عليه، وإلا فاضرب كل رؤوسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج وخمس بنات) أي وإن لم ينقسم الباقي بعد فرض من لا يردّ عليه على عدد رؤوس من يردّ عليه ينظر فإن كان بين الباقي من فرض من لا يردّ عليه وبين رؤوسهم موافقة فاضرب وفق رؤوسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج وست بنات، فإن بينهما موافقة بالثلث فردّ رؤوسهنّ إلى ثلثه اثنين ثم اضربه في أربعة، وإن لم يوافق الباقي رؤوسهم كزوج وخمس بنات فإنه لا موافقة بين الخمسة والثلاثة فاضرب جميع رؤوسهن وهو الخمسة في الأربعة فالمبلغ في الوجهين تصحيح المسألة فتصح في الأوّل من ثمانية، وفي الوجه الثاني من عشرين لأنك في الأوّل ضربت اثنين في أربعة، وفي الثاني خمسة في أربعة فيأخذ الزوج في الأوّل سهمين يبقى ستة فلكل واحد من البنات سهم ويأخذ في الثاني خمسة فيقسم الباقي على خمسة يصيب كل واحدة منهن ثلاثة أسهم.

قال رحمه الله: (ولو مع الثاني من لا يردّ عليه) المراد بالثاني أن تكون طائفتان أو أكثر أي لو كان مع الطائفتين أو أكثر من لا يردّ عليه (فاقسم ما بقي من مخرج فرض من لا يردّ عليه على مسألة من يرد عليه) وهو سهامهم على ما بينا (كزوجة وأربع جدّات وست أخوات لأم) للزوجة الربع فأعطها من أقل مخارجه وهو واحد من أربعة تبقى ثلاثة تنقسم على ثلاثة لأن سهامهن ثلاثة.

قال رحمه الله: (وإن لم يستقم فاضرب سهام من يردّ عليه في مخرج فرض من لا يردّ عليه كأربع زوجات وتسع بنات وست جدات) أي وإن لم ينقسم الباقي من فرض من لا يردّ عليه على سهام من يردّ عليه أي على مسألتهم فاضرب سهام من يردّ عليه في مخرج فرض من لا يردّ عليه فما بلغ يخرج منه حق كل واحد من غير كسر، وهذا الضرب لبيان مخرج فروض الفريقين من أقل عدد يمكن لا للتصحيح فسهام من يردّ عليه فيما مثل به خمسة أربعة للبنات وواحدة للجدات، وما بقي من فرض من لا يردّ عليه سبعة/ وهو لا ينقسم على خمسة فاضرب الخمسة في الثمانية تبلغ [٣٠٩/أ ٣] أربعين فمنه يخرج سهام كل واحد صحيحاً فللزوجات الثمن خمسة والباقي لمن يرد عليه والله أعلم.

قال رحمه الله: (ثم اضرب سهام من لا يرد عليه في مسألة من يرد عليه، وسهم من يردّ عليه فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه) وهذا البيان طريق معرفة سهام كل فريق هذا المبلغ فإذا أردت معرفة سهام الزوجات في المثال الذي ضربه، فاضرب سهماً في خمسة فهو نصيبهن، وإذا أردت معرفة نصيب البنات فاضرب سهامهن من خمسة وهو أربعة فيما بقي من فرض من لا يردّ عليه، وهو سبعة تبلغ ثمانية وعشرين فهو لهن وللجدات سهم مضروب في سبعة بسبعة، وإنما كان الضرب على ما ذكر لأن الخمسة لما ضربت في الثمانية وجب أن يضرب سهام كل فريق من الثمانية في الخمسة، وسهم الزوجات واحد من الثمانية والباقي لمن يردّ عليه وهو سبعة فيضرب في الخمسة تبلغ خمساً وثلاثين فصارت السبعة مضروبة في خمسة بالنسبة إلى أصل مسألة من يردّ عليه، لأن كل من له شيء من الثمانية مضروب في خمسة وكذا الخمسة مضروبة في نصيب كل واحد من الثمانية، لأن كل عدد ضرب في عدد يكون كل واحد منهما مضروباً ومضروباً فيه، ولهذا غير العبارة بقوله: وسهام من يردّ عليه فيما بقي من مخرج فرض من لا يردّ عليه لا لتغير العمل، فإذا عرف فروض الفريقين بما ذكر يحتاج إلى معرفة التصحيح ولهذا بينه.

قال رحمه الله: (وإن انكسر فصحح كما مر) أي إذا انكسر على البعض أو على الكل فصحح المسألة بالطريق المذكورة في التصحيح، لأن السهام إذا لم تقسم

على أربابها احتاج إلى التصحيح، وما ذكر في هذا الباب من الضرب لم يكن إلا لتخرج سهام كل فريق ممن يردّ عليه، ومن لا يردّ عليه من عدد واحد كما ذكر في مخارج السهام لا لتصحيح المسألة عليهم، وقد ذكرنا طريق التصحيح وطريق معرفة سهام كل فريق وطريق معرفة سهام كل واحد من آحاد الفريق فلا نعيده، والمثال الأوّل الذي ذكره المصنف رحمه الله وهو زوجة وأربع جدّات وست أخوات لأم تصح من ثمانية وأربعين، والمثال الثاني وهو أربع زوجات وتسع بنات وست جدات تصح من ألف وأربعمائة وأربعين.

قال رحمه الله: (وإن مات البعض قبل القسمة) أي إذا مات بعض الورثة قبل قسمة التركةويسمى هذا النوع من المسائل مناسخة مفاعلة من النسخ وهو الإزالة يقال نسخت الشمس الظل إذا أزالته ومنه نسخت الكتاب، واستعماله فيما إذا صار بعض الأنصباء ميراثاً قبل القسمة لما فيه من نقل العمل والتصحيح إلى الفريضة الثانية.

قال رحمه الله: (فصحح مسألة الميت الأول وأعط سهام كل وارث ثم صحح مسألة الميت الثاني وانظر بين ما في يده من التصحيح الأول) وهو نصيبه من الميت الأوّل (وبين التصحيح الثاني ثلاثة أحوال) أي التوافق والتباين والاستقامة (فإن استقام ما في يده من التصحيح الأوّل على التصحيح الثاني فلا ضرب وصحتا من تصحيح مسألة الميت الأوّل) أي صحت الفريضتان فريضة الميت الأوّل والثاني مما صحت منه الأولى (وإن لم يستقم فإن كان بينهما موافقة) أي بين ما في يده وهو نصيبه من الأوّل وبين فريضته وهو التصحيح الثاني (فاضرب وفق التصحيح الثاني في كل التصحيح الأوّل وإن كان بينهما مباينة) أي بين ما في يده وفريضته وهو التصحيح الثاني (فاضرب كل التصحيح الثاني في التصحيح الأوّل فالمبلغ مخرج المسألتين) أي ما بلغ من الضرب تصحيح الفريضتين فريضة الميت الأوّل وفريضة الميت الثاني، وإنما كان النظر بين ما في يد الميت الثاني وهو نصيبه من التصحيح الأول وبين فريضته/ [٣٠٩ب/٣] في ثلاثة أحوال من الاستقامة والموافقة والمباينة، لأن ما في يده وهو نصيبه من الفريضة الأولى مقسوم على فريضته فصارت فريضته نظيراً لرؤوس المقسوم عليهم ونصيبه من الأوّل نظير نصيبه من أصل المسألة فكما ينظر بين السهام والرؤوس في الأحوال الثلاثة في تصحيح الفريضة فكذا بينهما حتى إذا انقسم ما في يده على فريضته لا حاجة إلى الضرب، كما إذا انقسم نصيب الفريق من أصل المسألة على رؤوسهم، وإن لم ينقسم فإن وافق يضرب وفق فريضته، وإن لم يوافق يضرب كل الفريضة الثانية في الفريضة الأولى كما في الرؤوس كذلك فإذا عرف ذلك

يحتاج إلى بيان طريق معرفة نصيب كل واحد من ورثة الأوّل والثاني بالطريق المذكور في التصحيح، **وقد بينه في المختصر**.

قال رحمه الله: (واضرب سهام ورثة الميت الأوّل في التصحيح الثاني أو في وفقه وسهام ورثة الميت الثاني في نصيب الميت الثاني أو في وفقه) أي في نصيبه من الفريضة الأولى، وإن كان فيهم من يرث من الميتين ضربت نصيبه من الأول في الفريضة الثانية أو في وفقها ونصيبه من الثاني فيما في يد الميت الثاني أو في وفقه، وإنما ضرب سهام كل وارث من الميت الأوّل في الفريضة الثانية أو في وفقها لأن الثانية أو وفقها مضروب في الأولى، فنصيب كل واحد يكون مضروباً ضرورة فلذلك وجب ضربه فيه، وكان ينبغي أن يضرب نصيب الميت الثاني وهو الذي في يده في الثانية أو في وفقها لأنه من جملة ورثة الميت الأوّل إلا أن نصيبه لما صار ميراثاً كان مستحقاً لورثته فكان مقسوماً بينهم فاستغنى عن ذلك بضرب نصيب كل واحد من ورثته فيما في يده أو في وفق ما في يده، وهو نظير ما ذكر في الردّ أن سهام من لا يردّ عليه تضرب في سهام من يردّ عليه وسهام من يردّ عليه تضرب فيما بقي من فرض من لا يرد عليه، ولو مات ثالث قبل القسمة فاجعل المبلغ الثاني مقام الأولى، والثالث مقام الثانية في العمل، ولو مات رابع فاجعل المبلغ الثالث مقام الأولى والرابع مقام الثانية وهكذا كلما مات واحد قبل القسمة تقيمه مقام الثانية والمبلغ الذي قبله مقام الأولى إلى ما لا يتناهى هذا إذا مات الثاني وخلف ورثة غير من كان معه في ميراث الميت الأوّل، أو كانوا هم بعينهم ولكن جهة إرثهم من الميتين مختلفة، وإن كانوا هم بعينهم ولم يخلف غيرهم من الورثة وجهة إرثهم من الميتين متحدة ألغيت جميع من مات قبل القسمة وصححت فريضة الميت الأخير فكأنه لم يمت إلا هو ولم يكن وارثاً غير ورثته، وهذا النوع يسمى التناسخ الناقص كما إذ مات شخص وخلف خمسة بنين وخمس بنات ثم مات واحد منهم قبل القسمة فخلف هؤلاء الذين كانوا معه في الميراث الأول ولم يخلف غيرهم قسم بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ولا يحتاج إلى تصحيح فريضة الميت الأوّل، وكذا كل من مات منهم واحد

قوله: (وقد بينه في المختصر) كتب الشيخ الشلبي رحمه الله بعد هذا ملحق ما نصه، قال رحمه الله: وإن لم يستقم فإن كان بينهما موافقة فاضرب وفق التصحيح الثاني في كل التصحيح الأول، وإن كان بينهما مباينة فاضرب كل التصحيح الثاني في التصحيح الأوّل فالمبلغ مخرج المسألتين هذا الملحق ثابت في نسخة شيخنا، وقد كتب مقابله على الهامش ما نصه لم أجد هذين السطرين في كثير من نسخ الشرح، وإنما الموجود فيها قال: واضرب سهام ورثة الميت الأول إلى آخر المقالة اهـ وكتب على متن الملحق ما نصه: وقد

ولم يخلف غيرهم من الورثة يقسم على رؤوسهم لا غير، ثم اعلم أن هذا الباب يحتاج فيه الطالب إلى التأمل وكثرة التصوير وضبط الحاصل لكل ميت فإنه قد يكون ما يحصل له من بعض الموتى مستقيماً على مسألته، ومن بعضهم غير مستقيم وقد لا ينقسم كل واحد على الانفراد وينقسم المجموع، وينبغي أن ينظر ذلك عند انتهاء تصحيح فريضة كل ميت ثم ينظر بعد انتهاء الجميع وجمع نصيب كل وارث هل بين التصحيح وبين الحاصل لكل وارث موافقة بجزء كالنصف والربع وغير ذلك، فإن وجدت بينهما موافقة بجزء رددت التصحيح إلى جزء الوفق، وكذلك الحاصل لكل وارث طلباً للاختصار فإن وافق بالنصف مثلاً/ رددت المسألة إلى نصفها ورددت [٣١٠/أ/٣] نصيب كل وارث إلى نصفه فتعطيه له ومثل هذا لا يتفق إلا في المناسخة، ثم الفرضيون رحمهم اللّه كثر والأمثلة في المناسخات ونحن نذكر بعض الأمثلة ليكون للطالب دربة ويسهل عليه تصحيح ما يحدث من الواقعات، فنقول: إذا ماتت امرأة وتركت زوجاً وبنتاً وأماً فمات الزوج قبل القسمة عن امرأة وأبوين ثم ماتت البنت عن ابنين وبنت وجدة ثم ماتت الجدّة عن زوج وأخوين فالمسألة الأولى وهي مسألة المرأة ردّية تصح من ستة عشر فللزوج أربعة وللبنت تسعة وللأم ثلاثة، والمسألة الثانية وهي مسألة الزوج تصح من أربعة فيستقيم ما في يده عليها فلا حاجة إلى الضرب، والمسألة الثالثة وهي مسألة البنت تصح من ستة ونصيبها من الأولى تسعة لا تنقسم على مسألتها وتوافق بالثلث فاضرب ثلث مسألتها وهو اثنان في ستة عشر تبلغ اثنين وثلاثين فمنها تصح الفريضتان، فمن كان له من ستة عشر شيء فمضروب في اثنين، ومن كان له من ستة شيء **فمضروب في وفق ما في يدها وهو ثلاثة**، والمسألة الرابعة مسألة الجدة تصح من أربعة وسهمها تسعة من اثنين وثلاثين اجتمع لها من بنتها ستة ومن بنت بنتها ثلاثة وتسعة لا تنقسم على أربعة، ولا توافق فاضرب أربعة في اثنين وثلاثين تبلغ مائة وثمانية وعشرين فمنها تصح المسائل كلها فمن كان له

تقدم شرح هذا في المقالة قبله آنفاً فاستغنى عن إعادته هنا اهـ **قوله: (فمضروب في وفق ما في يدها وهو ثلاثة)** فلأم الميت من ١٦ ثلاثة تضربها في ٢ يبلغ ستة فهي لها ولامرأة الميت الثاني سهم تضربه في ٢ يكون سهمين فهما لها ولأب الميت الثاني سهمان تضربهما في ٢ تبلغ أربعة فهي له، ولأم الميت الثاني سهم تضربه في ٢ يكون سهمين فهما لها ولكل واحد من ابني الميت الثالث من الستة سهمان تضربهما في ٣ تبلغ ٦ فهي له ولبنت الميت الثالث سهم تضربه في ٣ يكون ٣ فهي لها ولجدة الميت الثالث وهي أم الميت الأول سهم تضربه في ٣ فيكون ٣ فهي لها وقد كان لها ٦ فاجتمع لها تسعة فيصير لامرأة الميت الثاني سهمان ولأب الميت الثاني ٤ ولأم الميت الثاني سهمان ولكل واحد من ابني

شيء من اثنين وثلاثين مضروب في أربعة ومن كان له شيء من أربعة **فمضروب فيما في يدها وهو تسعة**، ولو ترك زوجة وابناً وبنتاً وأماً ثم مات الابن قبل القسمة وخلف ابنتين وزوجة وجداً وجدة ثم ماتت الجدة عن بنتي ابن ابن وهما البنتان في الثانية وزوجاً وهو الجد في الثانية وأخاً لأب فالمسألة الأولى تصح من اثنين وسبعين للأم اثنا عشر، للزوجة تسعة وللبنت سبعة عشر وللابن أربعة وثلاثون، والمسألة الثانية وهي مسألة الابن تصح من سبعة وعشرين للبنتين ستة عشر وللزوجة ثلاثة ولكل واحد من الجد والجدة أربعة، وفي يده أربعة وثلاثون لا تنقسم على فريضته ولا توافق فاضرب فريضة الثاني وهي سبعة وعشرون في الأولى، وهي اثنان وسبعون تبلغ ألفاً وتسعمائة وأربعة وأربعين فللبنت سبعة عشر من الأولى مضروبة في جميع الثانية وهي سبعة وعشرون تبلغ أربعمائة وتسعة وخمسين، وللأم من الأولى اثنا عشر مضروبة في سبعة وعشرين تبلغ ثلاثمائة وأربعة وعشرين ولزوجة الأول تسعة مضروبة في سبعة وعشرين تبلغ مائتين وثلاثاً وأربعين، وللبنتين في الثانية ستة عشر مضروبة فيما في يد الميت الثاني وهو أربعة وثلاثون تبلغ خمسمائة وأربعة وأربعين، وللزوجة ثلاثة مضروبة في أربعة وثلاثين وهو ما في يد الميت الثاني تبلغ مائة واثنين، ولكل واحد من الجد والجدة أربعة مضروبة في أربعة وثلاثين تبلغ مائة وستة وثلاثين والمسألة الثالثة وهي مسألة الجدة تصح من اثني عشر وفي يدها مائة وستة وثلاثون وهي لا تنقسم على فريضتها وتوافقه بالربع فاضرب ربع فريضتها وهو ثلاثة في الأولى، وهو ألف وتسعمائة وأربعة وأربعون تبلغ خمسة آلاف وثمانمائة واثنين وثلاثين فمنها تصح الفريضتان، ثم من له شيء من الأولى يضرب في وفق الثانية وهي ثلاثة، ومن له شيء من الثانية يضرب في وفق ما في يدها وهو أربعة وثلاثون لبنت الأوّل من الأولى أربعمائة وتسعة وخمسون مضروبة في ثلاثة تبلغ ألفا وثلاثمائة وسبعاً وسبعين، ولأمّ الأوّل من الأولى ثلاثمائة وأربعة وعشرون مضروبة في ثلاثة تبلغ تسعمائة واثنين وسبعين ولزوجة لأوّل من الأولى مائتان / وثلاثة وأربعون في ثلاثة تبلغ سبعمائة [٣١٠ب/٣]

الميت الثالث ٦ ولبنت الميت الثالث ٣ ولجدّة الميت الثالث ٩ واللّه أعلم اهـ **قوله: (فمضروب فيما في يدها وهو تسعة)** فلامرأة الميت الثاني من الاثنين والثلاثين سهمان تضربهما في الأربعة تبلغ ٨ فهي لها ولأبي الميت الثاني ٤ تضربها في الأربعة تبلغ ١٦ فهي له، ولأم الميت الثاني سهمان تضربهما في الأربعة تبلغ ٨ فهي لها ولكل واحد من ابني الميت الثالث ستة تضربها في ٤ تبلغ ٢٤ فهي له ولبنت الميت الثالث ثلاثة تضربها في الأربعة تبلغ ١٢ فهي لها ولزوج الميت الرابع من الأربعة سهمان تضربهما في التسعة تبلغ ١٨ فهي له ولكل واحد من أخوي الميت الرابع سهم تضربه في التسعة يكون ٩ فهي له اهـ

وتسعة وعشرين، ولبنتي الثاني من الأولى خمسمائة وأربعة وأربعون مضروبة في ثلاثة تبلغ ألفاً وستمائة واثنين وثلاثين لكل واحدة ثمنامائة وستة عشر، ولزوجة الثاني من الأولى مائة واثنان مضروبة في ثلاثة تبلغ ثلاثمائة وستة وللجدّ من الأولى مائة وستة وثلاثون مضروبة في ثلاثة تبلغ أربعمائة وثمانية، ولبنتي ابن ابن الجدّة من فريضة الجدّة وهي الأخيرة ثمانية مضروبة في وفق ما في يد الجدّة وهو أربعة وثلاثون تبلغ مائتين واثنين وسبعين، ولزوج الجدّة من فريضتها ثلاثة مضروبة في وفق ما في يدها وهو أربعة وثلاثون تبلغ مائة واثنين وهو الذي كان في الثانية جداًّ، ولأخي الجدّة سهم من فريضتها مضروب في وفق ما في يدها تبلغ أربعة وثلاثين واللّه أعلم.

قال رحمه اللّه: (ويعرف حظ كل فريق من التصحيح بضرب ما لكل من أصل المسألة فيما ضربته في أصل المسألة) أي يعرف نصيب كل فريق من التصحيح بضرب نصيب كل فريق من أصل المسألة في مبلغ الرؤوس وهو المضروب في الفريضة فما بلغ فهو نصيب ذلك الفريق، وقد بيناه من قبل في موضعه.

قال رحمه اللّه: (وحظ كل فرد بنسبة سهام كل فريق من أصل المسألة إلى عدد رؤوسهم مفرداً ثم يعطى بمثل تلك النسبة من المضروب لكل فرد) أي يعرف نصيب كل فرد من أفراد الفريق بأن تنسب سهام جميع الفريق من أصل المسألة إلى عدد رؤوس ذلك الفريق فما وجد نسبته أعطي لكل واحد من آحاد ذلك الفريق بمثل تلك النسبة من المضروب فيخرج نصيب كل واحد منهم، ومعنى قوله مفرداً أن ينسب إلى فريق واحد من غيرضم فريق آخر عند النسبة، وهذه المسألة والتي قبلها موضعهما باب التصحيح، وقد ذكرناهما هناك وطرفاً آخر فلا نعيدها.

قال رحمه اللّه: (وإن أردت قسمة التركة بين الورثة أو الغرماء فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في كل التركة ثم قسم المبلغ على التصحيح) وكذا الدين بأن تضرب دين كل غريم في التركة وتقسم الخارج على مجموع الدين، وهذا إذا لم يكن بين التركة والتصحيح ولا بين التركة ومجموع الدين موافقة، وإن كان بينهما موافقة فاضرب سهام كل واحد من الورثة ودين كل غريم في وفق التركة فما بلغ فاقسمه على وفق التصحيح أو على وفق مجموع الدين فما خرج من القسمة فهو نصيب ذلك الوارث أو الدائن، لأنه يجعل دين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث ومجموع الدين بمنزلة التصحيح، وهذا مبني على قاعدة ممهدة في الحساب وهي أنه متى اجتمع أربعة أعداد متناسبة وكان نسبة الأول إلى الثاني كنسبه الثالث إلى الرابع، وعلم من تلك الأعداد ثلاثة وجهل واحد أمكن استخراج المجهول من المعلوم وفيما نحن فيه اجتمع أربعة أعداد متناسبة، أوّلها سهام كل وارث من

التصحيح، وثانيها التصحيح، وثالثها الحاصل لكل وارث من التركة، ورابعها جميع التركة لأن نسبة السهام إلى التصحيح كنسبة الحاصل من التركة إلى جميع التركة، والثالث مجهول والباقي معلوم فإذا ضربت الطرف في الطرف كان كضرب الثاني في الثالث، فكذلك إذا قسمت المبلغ على الثاني يخرج الثالث ضرورة أن كل مقدار تركب من ضرب عدد في عدد إذا قسم على أحد العددين خرج الآخر كخمسة عشر مثلاً لما تركبت من ضرب ثلاثة في خمسة إذا قسمتها على ثلاثة خرج خمسة، وإذا قسمتها عى خمسة خرج ثلاثة وهذه القاعدة هي الأصل في معرفة نصيب كل واحد من آحاد الفريق فإنه اجتمع هناك أيضاً أربعة أعداد متناسبة نصيب الفريق من أصل المسألة وعدد الفريق، والحاصل لكل واحد من آحاد الفريق من التصحيح / ومبلغ [٣١١/ ٣/١] الرؤوس فنسبة نصيب الفريق من أصل المسألة إلى عددهم كنسبة الحاصل من التصحيح لكل واحد إلى مبلغ الرؤوس وهو المضروب في أصل المسألة والثالث مجهول والباقي معلوم ويستخرج المجهول في مثل هذا بالطريق المذكورة في التصحيح، وكذا العمل في قضاء الدين إذا كانت التركة لا تفي به فدين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث ومجموع الدين بمنزلة التصحيح فبطلت الموافقة بين مجموع الدين وبين التركة ثم العمل فيه على ما بينا.

قال رحمه اللّه: (ومن صالح من الورثة على شيء فاجعله كأن لم يكن واقسم ما بقي على سهام من بقي) لأن المصالح لما ترك بشيء أعطوه جعل مستوفياً نصيبه وخرج من البين فيبقى الباقي مقسوماً على سهامهم، وقوله: فاجعله كأن لم يكن فيه نظر لأنه قبض بدل نصيبه فكيف يمكن جعله كأن لم يكن بل يجعل كأنه استوفى نصيبه ولم يستوف الباقون أنصباءهم، ألا ترى أن المرأة إذا ماتت وخلفت زوجاً، وأماً وعماً فصالح الزوج على ما في ذمته من المهر يقسم الباقي من التركة بين الأم والعم أثلاثاً للأمّ سهمان وسهم للعم، ولو جعل الزوج كأن لم يكن لكان للأمّ سهم، لأنه الثلث بعد خروج الزوج من البين وللعم سهمان لأنه الباقي بعد الفرض، ولكن تأخذ هي ثلث الكل وهو سهمان من ستة وللزوج النصف ثلاثة، وقد استوفاه بأخذ بدله فبقي السدس وهو سهم للعم، وكذا لو ماتت المرأة وخلفت ثلاث أخوات متفرّقات وزوجاً فصالحت الأخت لأب وأمّ وخرجت من البين، كان الباقي بينهم أخماساً ثلاثة للزوج وسهم للأخت لأب وسهم للأخت لأمّ على ما كان لهم من ثمانية لأن أصلها من ستة، وتعول إلى ثمانية فإذا استوفت الأخت نصيبها وهو ثلاثة بقي خمسة ولو جعلت كأنها لم تكن لكانت من ستة **وبقي سهم للعصبة**. واللّه

قوله: (وبقي سهم للعصبة) كذا هو بخط الشارح وفيه نظر، وكتب ما نصه: صح وتعول

سبحانه وتعالى أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب، وصلى اللّه على سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً دائماً أبداً إلى يوم الدين، ورضي اللّه تعالى عن أصحاب رسول اللّه أجمعين، وعن التابعين وتابع التابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين.

(يقول خادم تصحيح العلوم بدار الطبع الزاهرة ببولق مصر القاهرة الفقير إلى اللّه محمد الحسيني أعانه اللّه على أداء واجبه الكفائي والعيني)

سبحانك يا من فقهت في دينك المتين، من اصطفيتهم من عبادك المخلصين، حملتهم كتابك المبين، وحفظتهم سنة نبيك سيد المرسلين فاستنبطوا منهما الأحكام، وبينوا لعبادك الحلال والحرام (نحمدك) ونشكرك، ونثني عليك الخير كله ولا نكفرك، ونصلي ونسلم على نبيك الأكرم، ورسولك السيد السند الأعظم، سيدنا محمد الذي أنزلت عليه كتابك المجيد، ورفعته لديك إلى المقام الحميد فهدى أمته بالشريعة الغراء والقول السديد، وعلى آله وصحبه ومحبيه وحزبه: (أما بعد) فلما كان محل الفقه من العلوم محل الروح من الجسد والنور من العين والقوّة من الأسد إذ به تعرف أركان الإسلام والمعاملة بين الخلائق وفصل الأحكام، اهتم به العلماء الراسخون فدوّنوه، وضبطوا أصوله وفروعه وبينوه وممن أجرى طرفه في هذا المجال، فحاز قصب السبق في هذا الشأن بين الأبطال، الرامي المجيد والناضل الصنديد، فقيه زمانه وعلامة آنه مولانا وسيدنا الشيخ عثمان الزيلعي رضي اللّه عنه وأرضاه، ومن الرحيق المختوم سقاه فأرواه، فإنه رحمه اللّه ألف شرحه الشارح للصدور المزيل بهني زلاله غلة المصدور البحر الزاخر عدّة الأوائل والأواخر يغترف منه الواردون فيملؤون أسقيتهم، ويصدر عنه الناهلون وقد أفعموا أرويتهم المسمى (تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق) فتح به أبواب الكنز لطلاب نفائسه، ونصب به المنصة لجلاء عرائسه، ولما كان هذا الشرح الجليل بغية الطالبين وعمدة المحصلين انتهض لطبعه رغبة في عموم نفعه بدار الطبع البهية ببولاق مصر المعزية الجناب الأمجد، والملاذ الأسعد السيد عمر الخشاب التاجر في الكتب بالسكة الجديدة

بسهم إلى سبعة، كذا أصلح شيخنا قاضي القضاة الغزي رحمه اللّه في نسخته بدل قوله وبقي سهم للعصبة اهـ واللّه أعلم.

والحمد للّه على التمام والكمال والشكر له على جميع الأحوال والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه المكرمين. وبعد فهذا آخر ما حرره الشيخ الإمام العالم العلامة شيخ الشيوخ أحمد بن يونس الشهير بالشلبي على طراز نسخته من شرح الكنز للإمام الهمام الشيخ عثمان الشهير بالزيلعي فجرّدتها، وأثبتها في

وبجوار الجامع الأزهر بمصر حفظه الله، فتم طبعه بحمد الله على أبهج مثال وأجمل حال في ظل الحضرة الفخمية الخديوية وعهد الطلعة الميمونة الداورية، من بلغت به رعيته غاية الأماني أفندينا المعظم (عباس باشا حلمي الثاني) أدام الله أيامه ووالى على رعيته إنعامه ملحوظاً هذا الطبع الجميل على هذا الشكل الجليل بنظر من عليه أخلاقه تثني حضرة وكيل المطبعة الأميرية محمد بك حسني في أواخر شهر ذي العقدة سنة خمس عشرة بعد ثلاثمائة وألف، من هجرة من خلقه الله على أكمل وصف ﷺ وعلى آله وصحبه وشرّف وكرّم/. [٣١١ب/٣]

هذه الأوراق روماً لنفعها وتعميماً لفائدتها على المستفيدين قاصداً بذلك وجهه الكريم وذخراً ليوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم، وحاولت نقل ما أفاده ولو تكررت الكتابة مشيراً لذلك بكتب ما نصه والحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده محمد وعلى آله وصحبه الخيرة وسلم تسليماً كثيراً إلى يوم يبعثون.

فهرس الجزء السابع

من كتاب

تبيين الحقائق

شرح كنز الدقائق



فهرس الجزء السابع

كتاب الكراهية ٢٣

فصل في اللبس ٣١

فصل في النظر والمس ٣٨

فصل الاستبراء وغيره ٤٧

فصل البيع ٥٧

كتاب إحياء الموات ٧٧

مسائل الشرب ٨٦

كتاب الأشربة ٩٦

فصل في طبخ العصير ١٠٩

كتاب الصيد ١١١

كتاب الرهن ١٣٦

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز ١٤٩

باب الرهن يوضع على يد عدل ١٧١

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره ١٨٠

فصل رهن عصيراً قيمته عشرة بعشرة فتخمر إلخ ١٩٩

كتاب الجنايات ٢٠٧

باب ما يوجب القود وما لا يوجبه ٢١٨

باب القصاص فيما دون النفس ٢٣٦

فصل وإن صولح على مال إلخ ٢٤٠

فصل ومن قطع يد رجل ثم قتله أخذ بالأمرين إلخ ٢٤٨

باب الشهادة في القتل ٢٥٦

باب في اعتبار حالة القتل ٢٦٢
كتاب الديات ٢٦٦
فصل في النفس والمارن واللسان إلخ ٢٧٢
فصل في الشجاج ٢٧٨
فصل في الجنين ٢٩١
باب ما يحدثه الرجل في الطريق ٢٩٧
فصل في الحائط المائل ٣٠٦
باب جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك ٣١٠
باب جناية المملوك والجناية عليه ٣١٩
فصل قتل عبد خطأ تجب قيمته إلخ ٣٣٢
باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك ٣٤٠
باب القسامة ٣٤٧
كتاب المعاقل ٣٦٤
كتاب الوصايا ٣٧٥
باب الوصية بثلث المال ٣٨٧
باب العتق في المرض ٤٠٣
باب الوصية للأقارب وغيرهم ٤١٠
باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة ٤١٥
باب وصية الذمي ٤١٩
باب الوصي ٤٢٢
فصل في الشهادة ٤٣٧
كتاب الخنثى ٤٤٠
مسائل شتى ٤٤٧
كتاب الفرائض ٤٧١